
FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A PUBLICIDADE OPRESSIVA NOS CRIMES DE REPERCUSSÃO
NACIONAL**

Thaíssa Ribeiro Casado

Presidente Prudente/SP

2012

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A PUBLICIDADE OPRESSIVA NOS CRIMES DE REPERCUSSÃO
NACIONAL

Thaíssa Ribeiro Casado

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito sob orientação do Prof.^o Cláudio
José Palma Sanchez

Presidente Prudente/SP

2012

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Claúdio José Palma Sanchez
Orientador

Rodrigo Lemos Arteiro
1º examinador

Sérgio Tibiriçá Amaral
2º examinador

Presidente Prudente, 26 de novembro de 2012.

Três âncoras deixou Deus ao homem: O amor à Pátria, o amor à liberdade, o amor à verdade. Cara nos é a Pátria, a liberdade, mais cara; mas a verdade, mais cara de tudo. Damos a vida pela Pátria. Deixamos a Pátria pela liberdade. Mas à Pátria e a liberdade renunciamos pela verdade. Porque este é o mais santo de todos os amores. Os outros são da terra e do tempo. Este vem do céu e vai à Eternidade.

Rui Barbosa

Dedico este trabalho a minha família, meu alicerce.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço meus pais e minha avó, pelo amor, pelo suporte, pelas meus primeiros e mais elementares ensinamentos, pela força e por nunca me deixarem desistir. É de vocês toda minha gratidão e amor.

Agradeço aos meus professores responsáveis por minha formação, muitas vezes não só acadêmica.

Não posso esquecer também de meus amigos, que iluminam os meus dias e sempre me incentivam a dar o meu melhor.

Ao meu Orientador Cláudio José Palma Sanchez, primeiramente pelas aulas de Introdução ao Direito, que muito me ajudaram a me encantar pela ciência jurídica. Obrigado também pela compreensão durante esse trabalhoso caminho que é elaborar um trabalho. Um grande abraço e felicidades sempre.

Aos meus examinadores, pelo apoio que me deram ao aceitar este encargo.

A todos que de alguma forma me ajudaram a chegar até aqui. Muito obrigado!

RESUMO

A atuação dos meios de comunicação ao concretizarem o direito de informar é de extrema importância pois a liberdade de expressão é uma garantia dos indivíduos frente ao Estado, que veda a censura. Outro direito trazido pela Constituição Federal é o direito a um julgamento justo nos ditames do devido processo legal. Ambos são princípios que possuem força normativa. Ocorre que a veiculação irresponsável e opressiva de notícias a respeito de determinado crime ocasionam comoção social que clamará pela condenação do acusado. A mídia através da publicidade opressiva acerca de um crime pode violar direitos que cerceiam o devido processo legal como presunção de inocência, julgamento imparcial, vedação da prova ilícita, interferindo no próprio andamento do processo. Pelo presente trabalho busca-se demonstrar a influência da publicidade opressiva veiculada pela mídia no processo penal através da análise de casos concretos e alguns posicionamentos jurisprudenciais. Existem no Direito Comparado medidas trazidas solucionar a colisão da liberdade de expressão com o devido processo legal. Também será evidenciada a necessidade de atuação contramajoritária do juiz e da aplicação dos postulados normativos na busca de minimizar as possíveis influências da atividade midiática no processo penal.

Palavras-chave: Publicidade opressiva, princípios, devido processo legal, postulados normativos, liberdade de expressão.

ABSTRACT

The media is an important way to materialize the freedom of information act, because freedom of speech is a guarantee to the people against the state, which prohibits censorship. Another law brought by the Federal Constitution is the right to a fair trial into the dictates of due process, which have normative force. The problem is around the oppressive and irresponsible serving news about certain crimes, which cause social upheaval that cry out for condemnation of the accused. The media through the oppressive news about a crime can violate rights as limited the due process, presumption of innocence, fair trial, exclude the illegal evidence and interfering the proceedings. The present study tries to demonstrate the influence of the overwhelming served news by the media in the criminal proceedings, through the analysis of cases and some jurisprudential positions. The Comparative Law brought tools to solve the collision of the freedom of speech with due process. The important issue about this problem will be around the action of the judge and the application of normative postulates in a way that will minimize the media influences in the criminal activity.

Keywords: Oppressive News, Principles, Due Process, Normative Postulates, Freedom of Speech.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA NORMA	12
2.1 A Dissociação de Regras e Princípios	12
2.2 Diretrizes Para Análise dos Princípios	16
2.3 A Força Normativa dos Princípios	18
2.4 Os Postulados Normativos	21
2.4.1 Espécies de postulados.....	23
2.4.1.1 Postulado da ponderação.....	23
2.4.1.2 Postulado da proibição do excesso.....	24
2.4.1.3 Postulado da razoabilidade	25
3 CONTEÚDO NORMATIVO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO.....	27
3.1 Proteção Constitucional da Liberdade de Expressão.....	28
3.2 Relação com o Estado Democrático de Direito	39
3.3 A Liberdade de Expressão na Mídia	46
3.4 Direito Comparado e Jurisprudência Aplicada	51
3.5 Considerações Finais	56
4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	58
4.1 Breve Linhas Históricas.....	58
4.2 Delimitação Conceitual.....	61
4.2.1 O estatuto constitucional do devido processo legal.....	61
4.2.2 O devido processo legal como norma princípio.....	64
4.3 Subprincípios Relacionados	66
4.3.1 Presunção de inocência; vedação da produção da prova contra si mesmo (<i>nemo tenetur se detegere</i>).....	66
4.3.2 Princípio da motivação das decisões judiciais.....	69
4.3.3 Princípio da publicidade processual	69
4.3.4 Vedação da prova ilícita	72
4.3.4.1 Prova ilícita e ilegítima.....	73
4.3.4.2 Admissibilidade da prova ilícita	77
4.3.5 Julgamento imparcial.....	79
5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	82
5.1 Análise de Casos Concretos	83
5.1.1 A criação da Lei de Crimes Hediondos	84
5.1.2 O caso da Escola Base	86

5.1.3 O caso da Isabella Nardoni	89
5.1.4 O caso de Daniele Toledo de Prado	92
5.2 Caracterização da Colisão da Liberdade de Expressão com o Devido Processo Legal	94
5.3 Apontamentos Trazidos no Direito Comparado.....	99
5.4 Sugestões para Solução da Colisão	103
6 CONCLUSÃO	108
BIBLIOGRAFIA	111

1 INTRODUÇÃO

O pacto social firmado em 1988 preza a existência de um Estado Democrático de Direito, esse Estado é firmado por vários alicerces, sendo um deles o devido processo legal, que busca refrear a atividade persecutória do Estado e ao mesmo tempo impede que as pessoas busquem a justiça com as próprias mãos, pois o Estado restringiu para si a função punitiva.

O devido processo legal é um direito fundamental de todos, conforme se demonstra nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, sem que seja efetivado o contraditório e a ampla defesa.

Em contrapartida existe o direito fundamental da liberdade de expressão que também é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, pois garante a todos a possibilidade de manifestar sua opinião, de informar e se manter informado e fazer parte de uma construção cultural democrática como se denota nos incisos IV, IX e XIV do artigo 5º e no artigo 220 da Magna Carta.

Nos dias de hoje as notícias são disponibilizadas quase instantaneamente de forma massificada e intensa. Os acontecimentos do cotidiano envolvem também os acontecimentos da seara jurídica e o grande alvo da especulação midiática são os crimes.

Este trabalho empreende um estudo sobre a colisão entre a liberdade de expressão e o devido processo legal que se verifica na atuação dos veículos de comunicação ao elegerem a ocorrência de determinado crime como objeto de publicidade.

Neste estudo buscaremos explicar que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, que o uso dela como prerrogativa para a prática de uma atividade midiática de julgamento fora do âmbito judicial poderá trazer prejuízos à atividade persecutória e a um julgamento justo dentro do Judiciário, o que acaba por descaracterizar a própria justificativa de exercício desse direito.

Através deste estudo buscaremos demonstrar a força normativa que possuem os princípios que resguardam a liberdade de expressão e o devido

processo legal, como também a utilização dos postulados normativos para a solução de eventuais conflitos entre estes.

Além disso será exposto o patamar constitucional da liberdade de expressão e sua importância num contexto democrático como forma de fiscalização feita pela população dos atos praticados pelo Estado. Outrossim, se procura demonstrar que apesar de sua grande importância na formação do nosso quadro constitucional a liberdade de expressão também encontra limites quando colide com outros direitos fundamentais.

Ainda, será evidenciado o destaque do devido processo legal como sobreprincípio, os princípios que são abarcados por esse direito, como a presunção de inocência, das decisões motivadas, da publicidade dos atos processuais, da vedação da prova ilícita e a um julgamento imparcial e a sua magnitude na legitimação do Estado Democrático de Direito.

Enfim, buscaremos caracterizar como se verifica o abuso do exercício da liberdade de expressão, as formas como a mídia atua na sociedade, a influência da mídia na população e suas consequências onde serão apresentadas algumas situações concretas onde houve a publicidade opressiva e as consequências desta no devido processo legal.

O que se busca é demonstrar a necessidade de valorização e efetivação do contramajoritarismo no exercício jurisdicional ao se verificar a colisão de direitos fundamentais. Assim será possível verificar como é primordial a atuação do Judiciário para refrear o sentimento de vingança inserido no quadro social através da mídia atuando em direção contrária ao clamor social quando necessário.

Por último serão expostas algumas soluções trazidas de como a publicidade opressiva é regulamentada no direito comparado e ainda algumas possíveis medidas que possam ser tomadas para diminuir as chances da veiculação massiva dos crimes pela mídia causar prejuízos a um julgamento justo.

Também irá se buscar meios para que essa atuação do Judiciário não implique em medidas exageradas onde o Estado ultrapassaria a sua esfera de intervenção, sendo sugerida a utilização dos postulados normativos para resolução dos conflitos ao analisar o caso concreto.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA NORMA

O Direito e Ciência do Direito são realidades distintas. Enquanto o Direito é a própria disciplina da vida social, a Ciência do Direito estuda essa disciplina. São realidades distintas, porém, ligadas entre si, pois para obtermos a compreensão do que é o Direito são necessárias ferramentas fornecidas pela Ciência do Direito.

Sendo assim a proposta é abordar o Direito a partir de uma perspectiva da Ciência do Direito analisando os textos normativos: a Constituição, o Código de Processo Penal de modo que a abordagem do Direito seja feita a partir de uma visão da Ciência do Direito, que é a Teoria da Norma. E é a partir da norma jurídica que o Direito assim se faz.

Ao retratarmos a exploração dos veículos de informação ao tratarmos sobre certo crime elegido pela mídia, estaremos fazendo uma abordagem concreta acerca da colisão de direitos fundamentais. Estes direitos são trazidos por normas que os resguardam, portanto, para que seja possível um aprofundamento na discussão do tema é necessária uma breve introdução a teoria da norma.

Ao tratarmos da Teoria da Norma é importante observar que existem uma série de definições de vários doutrinadores acerca das espécies normativas e a forma como elas interagem no ordenamento jurídico.

No entanto, para não desvirtuar o tema do presente estudo serão apresentadas de forma objetiva as doutrinas de maior destaque.

2.1 A Dissociação de Regras e Princípios

Primeiramente cabe falar que norma é um gênero. O Direito, em linhas gerais, é um instrumento, um meio, que disciplina as relações entre as pessoas. É por meio da norma jurídica que o Direito realiza sua função, pois ela é o sentido que se obtém quando interpretamos textos normativos. Sendo norma um gênero, suas espécies são: os princípios, as regras e os postulados normativos.

São vastos os critérios de diferenciação entre regras e princípios utilizados na doutrina.

Os princípios já foram diferenciados baseando-se no grau de abstração e generalidade, no aspecto qualitativo deste, de modo que princípios seriam normas muito genéricas, abstratas, mandamentos, cuja interpretação abre margem para a subjetividade. A escola positivista considerava os princípios fonte subsidiária de direito, sem força normativa. Ou ainda, como definia Karl Larenz, os princípios são normas de uma maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico, consideradas normas basilares, que servem com um norte a ser seguido, porém cuja aplicação dependeria da criação de uma grande solidez jurídica. (ÁVILA, 2011, p. 35/36). De forma contrária, as regras seriam mais objetivas, não abrindo grande margem para atividade interpretativa, de alta densidade normativa, ou seja, várias regras podem ter por objeto um mesmo bem jurídico, e, em contrapartida, são de baixa hierarquia normativa, devendo ser criadas tendo como base os princípios.

A crítica feita ao critério adotado por essa corrente se concretiza quando pensamos respeito ao conteúdo normativo dos princípios. Durante muito tempo se acreditou que os princípios não tinham conteúdo normativo, sendo considerados meras declarações de propósitos, de modo que sua aplicação era subestimada, subsidiária.

Os princípios também são diferenciados das regras pelo jeito como são aplicados no ordenamento jurídico, ou seja, a diferenciação é feita no momento em que o intérprete da norma o qualifica.

Nessa corrente importante contribuição se obteve de Ronald Dworkin, fazendo uma crítica ao positivismo, alegando que a concepção positivista do direito é restritiva.

Para Ronald Dworkin, o que diferenciam regras e princípios seria o modo de aplicação, ou seja, no argumento que o magistrado vai se utilizar. Caso o juiz reconheça uma regra, corroborando pela sua validade, não poderia deixar de aplicá-la. Diferente dos princípios, que não poderiam ser usados diretamente para solucionar uma situação concreta por somente apontarem as diretrizes para resolução do conflito. Em sua aplicação o que irá se reconhecer é sua dimensão, seu peso no ordenamento jurídico, sendo que numa situação de colisão de princípios, a aplicação de um princípio não tornaria o outro inválido, pois, segundo o autor, os princípios traziam fundamentos que poderiam ser analisados com os

fundamentos trazidos por outros princípios sem que nenhum dos dois se tornasse inválido (ÁVILA, 2011, p. 37).

Robert Alexy ao definir princípios também acredita que sua classificação se baseia na forma de aplicação, no entanto, Alexy definiu princípios como “mandamentos de otimização” que podem ser utilizados em vários níveis. (ALEXY, 2011, p. 90). Estes níveis são vinculados às regras e princípios que os contrapõem, ou seja, dependem da situação fática analisada, devendo ser exercida atividade ponderativa para solução do conflito, tendo em vista que suas consequências normativas não são diretamente constatadas (ALEXY, 2011, p. 96).

Dessa forma, para solucionar um conflito entre princípios a ponderação acabaria por criar regras de prevalência (ÁVILA, 2011, p.37).

Já em relação as regras não existiria esta situação variável, pois estas são sempre analisadas de forma abstrata de modo que não se verificando a premissa trazida pela regra esta não poderia ser aplicada. Nesta eventual colisão a solução seria o surgimento de uma excepcionalidade ou prevalência de apenas uma destas. (ALEXY, 2011, p. 92)

Ou seja, Alexy estabeleceu como critério que distingue as formas como princípios e regras se solucionam diante de uma colisão e também asseverou que as regras estabeleciam obrigações absolutas, o que não ocorria no caso das obrigações trazidas pelos princípios.

Humberto Ávila, propõe outro critério de distinção entre regras e princípios, pois segundo ele o critério classificatório dos princípios não deve basear-se somente na forma como estão dispostos textualmente. Segundo ele, referida diferenciação se concretiza no momento em que o interprete analisa determinado conteúdo jurídico inserido em certa situação fática e exerce atividade dialética.

Para ele, ao descrevermos os princípios temos que analisar primeiramente sua finalidade imediata, ou seja, a pretensão que se tem ao instituir um princípio, e ainda, o dever imposto aos seus destinatários. Isto posto, a finalidade imediata dos princípios é o apontamento de um Estado ideal que deve ser perseguido e alcançado, porém, sem indicação de condutas que devem ser adotadas para alcançá-lo. (ÁVILA, 2011, p.71)

De forma secundária, como finalidade mediata, o dever do destinatário de um princípio é exatamente a adoção da conduta necessária ao alcance do estado ideal, pois como sabemos, antes de tudo, o princípio é uma norma que serve para

controlar as relações sociais, pois, quando o ordenamento jurídico fixa um estado ideal a ser perseguido e estabelece um princípio, os destinatários do ordenamento passam a ter de adotar condutas que levem àquele estado ideal, deixando de ser meramente abstratos ou “proclamações de boas intenções” e passando a ser normas.

Porém, já em relação as regras temos a descrição de condutas a serem observadas, tendo como finalidade mediata a observação da conduta descrita. Sendo assim, a regra auxilia na implementação do estado ideal do princípio subjacente. Pelo fato das regras descreverem condutas sua interpretação é facilitada (ÁVILA, 2011, p. 72). Geralmente sua aplicação se restringe ao exercício de atividade subsuntiva, atribuindo um fato em uma norma com o fim de analisar se há ou não consequência jurídica. No entanto, os deveres estabelecidos pelas regras podem ou não ser aplicados com a alteração dos motivos ou fatos que a determinam. Por exemplo, no caso de utilizarmos uma regra por analogia na verdade o que se busca é preservação daquilo que a norma tem como objetivo final. No caso da ponderação sua utilização deve ser feita com mais cuidado que os princípios, pois as regras têm como base o elemento descritivo. (ÁVILA, p. 56/57).

Nesse interim conclui o professor Humberto Ávila (2011, p. 63):

O ponto decisivo não é, portanto, o suposto caráter absoluto das obrigações estatuídas pelas regras, mas o modo como as razões impõem a implementação de suas consequências podem ser validamente ultrapassadas; nem a falta de consideração a aspectos concretos e individuais pelas regras, mas o modo como essa consideração deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso.

O autor também se refere a aplicação dos princípios. É necessário que se compreenda que os direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 são basicamente disciplinados por meio de princípios, tornando-os dessa forma relevantes. Sendo assim, é comum nos depararmos com situações onde ocorrem conflitos entre estados ideais protegidos pelo nosso ordenamento.

Nestas situações é necessário entender que apesar da situação de conflituosidade, ambos os princípios continuam a vigorar em nosso ordenamento, ainda que em determinado caso concreto um prevaleça em relação ao outro é difícil uma previsão antecipada de qual deles irá ser favorecido sem que se conheça todo o plano fático que o circunda. A justificativa adotada pela prevalência entre um e

outro só será possível quando for facilmente visualizável quais serão as consequências de se promover determinado estado ideal buscado pela norma, não sendo possível determinar exatamente qual será o comportamento que deverá ser adotado, pois princípios não trazem consigo elementos descritivos de condutas. (ÁVILA, 2011, p. 63).

Os princípios não abrangem de forma integral todos os elementos necessários para que seja decidida determinada situação, sendo somente um dos elementos que contribuem para a solução de determinada situação, sendo que as regras normalmente já trazem em seu bojo todos os aspectos necessários para resolver determinado conflito.

Como podemos ver existem vários critérios que dissociam princípios e regras, sendo que tais dissociações tem como fim demonstrar como estes se caracterizam para assim buscarmos a solução dos conflitos que surgem no dia a dia, tendo sempre como objetivo a preservação dos direitos fundamentais e a melhor aplicação da norma visando sua concretização de sua finalidade.

2.2 Diretrizes Para Análise dos Princípios

Como visto no tópico acima os princípios buscam o alcance de um estado ideal, pois são normas que não trazem a descrição de comportamentos a serem seguidos, mas sim, de uma finalidade a ser alcançada.

Para a análise de determinado princípio inicialmente temos que nos aperceber qual a finalidade buscada por esta norma, nos atentando sempre ao que traz a Constituição Federal de 1988, pois foi através da instituição de um Estado de Direito que se assegurou os direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, é necessário que o princípio objeto de análise esteja em conformidade com os preceitos constitucionais, analisando-os com base numa visão neoconstitucional.

Nas palavras do doutrinador Luis Alberto Barroso (s.d, p.15):

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século

XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Sendo assim, a Constituição de 1988 passou a irradiar sua supremacia materialmente, sendo que os princípios passaram a ter reconhecida sua força normativa.

Ainda nas palavras de Barroso (s.d, p. 27):

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Para análise dos princípios também é interessante buscar os casos concretos que foram resolvidos se utilizando de determinado princípio, trazendo dessa forma mais concretude ao estado ideal buscado por este, demonstrando a criação de um padrão de comportamento para o alcance do fim visado por aquele princípio.

Conforme Humberto Ávila (2011, p. 93) :

Bem concretamente, isso significa (a) analisar a existência de critérios que permitam definir, também para outros casos, quais são os comportamentos necessários para realização de um princípio; (b) expor os critérios que podem ser utilizados e os fundamentos que levam a adoção.

Os princípios as vezes podem ser utilizados sem que isso seja demonstrado de forma expressa, muitas vezes o que vemos é que determinada decisão colaborou para o alcance de determinado estado trazido como objeto finalístico de determinado princípio.

2.3 A Força Normativa dos Princípios

Os princípios não tem que estar expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico para terem força normativa, eles são uma espécie do gênero norma jurídica. É até contraditório prever a necessidade de previsão legislativa expressa para se atribuir força normativa a um princípio, isso porque, como sabemos, as regras estabelecem condutas na busca da implantação de um estado ideal trazido por um princípio subjacente.

Para a escola jusnaturalista, que tinha como pretensão se livrar de um modelo absolutista, os princípios não eram considerados como dispositivos aplicáveis na solução de litigiosa de conflitos, pois eram tidos como meras diretrizes no âmbito jurídico.

Surgiu no mundo no século XIX um grande movimento de codificação dando origem a escola positivista tem os princípios como fonte subsidiária de direito, destituído de força normativa. Para os positivistas o que vigorava era o sistema de regras.

O positivismo não foi solucionando os problemas sociais tendo em vista que o apego e a criação excessiva de regras acabaram por levar o processo e o direito a um estado de burocratização, de insegurança jurídica e inclusive de injustiças, como se pode ver com os modelos ditatoriais implementados na Alemanha e Itália. Contrapondo este modelo surgiu a escola pós-positivista. Esta escola tem as normas jurídicas como gênero, das quais os princípios e as regras são espécies, não havendo hierarquia entre elas.

Isto porque o modelo positivista anterior era apegado estritamente na legalidade. O pós-positivismo não dispensando a legalidade a implementou conferindo força normativa aos princípios.

A filosofia pós positivista foi muito grande com o fim das 2ª Guerra Mundial com os movimentos constitucionalistas. Já no Brasil este movimento foi ganhando força com a Constituição democrática de 1988.

De acordo com Luis Roberto Barroso (s.d, p.6):

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo

busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Vemos aqui que o pós positivismo teve por objetivo reconjugar a idéia entre o direito e a moralidade.

Interessante o panorama trazido por Norberto Bobbio (1999, p.158/159):

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva ao engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?

Como vemos com o pós positivismo os princípios e regras passaram a ser considerados normas, onde se constatou a impossibilidade de existência de um sistema jurídico formado unicamente de regras. As peculiaridades e dissociações foram objetos de diversos estudos posteriormente, já demonstradas no tópico acima.

Sobre a força normativa dos princípios há quem entenda que a eficácia dos princípios ocorre em primeiro plano. Assim, surgindo um caso concreto, com novos elementos normativos, sendo eles princípios, é necessária a utilização da ponderação para solução do conflito, e, ao utiliza-la a aplicação de um princípio é afastada, em maior ou menor grau, em favor de outro.

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de lei do sopesamento. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação de outro. Na própria definição do conceito princípio, com a cláusula 'dentro das possibilidades jurídicas', aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e só é possível falar em pesos relativos (BARRY, 1965, apud ALEXY, 2011, pp 167-168).

Dessa forma a utilização da ponderação acabaria por se tornar uma característica inerente aos princípios, retirando destes parte do seu valor normativo frente outras normas, considerando assim, que os princípios colidem paralelamente uns com os outros.

Contudo, deixaram de analisar que os princípios não colidem apenas paralelamente uns com os outros, isto porque eles podem se complementar, ou ainda, eles podem ser de níveis diferentes, considerando a função que eles visam atingir ou ainda o quão eficazes eles buscam ser. Isto posto, a aplicação da ponderação, no sentido de sopesar os princípios em conflito para constatar qual prevalecerá se torna prejudicada.

Apontando neste sentido Humberto Ávila (2011, p. 125/126) :

Esses casos demonstram, em outras palavras, que o modo de aplicação dos princípios não é necessariamente a ponderação, nem é a ponderação o modo mais representativo de sua eficácia. Por isso se afirmou, em linhas acima, que os princípios pode adotar várias direções, não necessariamente conflitantes. Em outras palavras, em todas as situações antes mencionada, os princípios não são aplicados mediante ponderação, no sentido estrito, nem a ponderação reflete o modo característico de sua aplicação. Tal constatação se deve ao fato de que os princípios, embora possam ser igualados com relação a algumas propriedades, devem ser diferenciados com referência a outras. Nem todos os princípios são aplicados de maneira concorrente com outros e nem todos podem ser 'calibrados' de tal modo a receber um 'peso' maior ou menor diante do caso concreto. Essa incapacidade de afastamento decorre da diferente natureza de alguns princípios.

Sendo assim, a força normativa dos princípios não estaria vinculada unicamente a ponderação. Existem princípios, que em razão de sua natureza, não são afastados ou restringidos por não se submeterem ao sopesamento entre princípios colidentes, como o caso dos princípios que regulamentam ou estruturam o funcionamento do Estado Democrático de Direito. Estes princípios não podem ser afastados por mera atividade ponderativa porque tais princípios trazem em si valores

fundamentais, que não podem ser desconsiderados por mera ponderação sob pena de perderem sua característica e objetivo principal, estruturalmente falando. (ÁVILA, Humberto, 2011, p. 126)

Conclui Humberto Ávila (2011, p. 130):

Os princípios constitucionais não formam, portanto, uma massa homogênea ou um bloco monolítico. Em outras palavras, o que distingue os princípios não é a sua defectibilidade, mas a sua indeterminação estrutural: eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem consequências jurídica e demandam a concretização por outra norma, de modo diversos e alternativos. As capacidades de ponderação e, por consequência, de restrição e de afastamento não são elementos essenciais dos princípios jurídicos. Princípios não são necessariamente meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis.

No que tange a utilização da ponderação para solucionar os casos onde princípios entram em conflito é possível vislumbrar que a força normativa destes não é algo que pode ser descaracterizados pela forma como eles são classificados quanto ao modo de aplicação,

Isto porque a ponderação não é elemento intrínseco dos princípios. Existem princípios de diversas naturezas que eventualmente não chegarão a colidir paralelamente.

Considerando a força normativa dos princípios levando em conta em que o princípio se justifica, qual estado ideal que busca atingir, podemos então estudar os postulados normativos que serão utilizados como elementos para solucionar conflito entre direitos fundamentais, como os objetos do presente estudo.

2.4 Os Postulados Normativos

Tendo em vista que o tema principal buscara analisar o conflito entre direitos fundamentais, sendo eles o direito a liberdade de expressão e informação e o direito ao devido processo legal, é necessária breve análise sobre a conceituação de postulados normativos bem como do estudo de algumas espécies de postulados.

Na teoria da norma do direito contemporâneo, sendo norma um gênero, umas das espécies de norma são os postulados normativos.

Os postulados normativos, como figuras metódicas, organizam, estruturam e viabilizam a aplicação de princípios e regras. Nesse ponto é fundamental perceber que existem três espécies de normas que funcionam de forma diferente: os princípios, que apontam um estado ideal a ser obtido, as regras que descrevem as condutas a serem adotadas para se chegar a tal estado e os postulados normativos que organizam a aplicação das duas anteriores.

Os postulados normativos aplicativos são considerados “metanormas”, isto porque tem como objeto criar métodos para aplicação de outras normas, sendo consideradas normas de segundo grau e estão voltados para aquele que irá interpretar determinado texto jurídico. (ÀVILA, 2011, p. 146)

Quanto a forma de funcionamento dos postulados normativos esta não é homogênea. Existem espécies de postulados onde será necessária a implementação de determinada situação para que eles sejam utilizados, enquanto outros postulados são funcionais em qualquer condição. (ÀVILA, 2011, p. 154)

Considerando os postulados como espécies de normas jurídicas, imperioso é diferencia-los dos princípios e regras, lecionando sobre o assunto, Humberto Àvila (2011, p.135):

[...] os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento nem reservam poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um descrever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados normativos não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Sendo assim os postulados diferenciam-se das regras e princípios sendo uma espécie diferente de norma, com características e funcionamento específicos.

2.4.1 Espécies de postulados

Como explicado em tópico supra, os postulados normativos não atuam do mesmo modo, sendo assim Humberto Ávila classificou os postulados normativos em específicos e inespecíficos.

Os postulados normativos inespecíficos são aqueles que não dependem de nenhum elemento interno da relação analisada para a sua atuação, ou seja, não há um critério ou modo específico para que eles sejam aplicados. (ÁVILA, 2011, p. 154).

De outra forma, os postulados normativos específicos dependem de determinada condição, ou situação, para que possam ser aplicados, estabelecendo critérios específicos para sua atuação.

Um melhor entendimento das espécies de postulados será obtido com o estudo de alguns postulados específicos

2.4.1.1 Postulado da ponderação

O direito penal é o ramo do direito onde o Estado exerce seu poder de punir frente a liberdade individual do indivíduo, sendo assim querendo ou não é o ramo direito cuja aplicação deve proporcionar mais segurança jurídica possível àquele cuja pena recai.

A ponderação é considerada por grande parte da doutrina como basicamente medida para solução de conflitos utilizada quando há um conflito entre normas relevantes que analisadas no mesmo contexto fático possuem um valor similar.

Para Robert Alexy, os princípios quando em colisão são resolvidos através da restrição de um princípio ou de ambos sendo que a ponderação seria um método que ajudaria a chegar em uma solução racional baseando-se na situação fática, buscando sempre verificar se os motivos que levam a determinado resultado pretendido autorizam que um princípio seja restringido. A crítica que se faz ao

método de Alexy se refere a ampla possibilidade de restringir direitos fundamentais utilizando tal técnica como justificativa.

Para Humberto Ávila o postulado ponderativo aplicativo da ponderação é muito mais amplo do que a definição trazida por Alexy, isto devido a Alexy inserir o postulado da ponderação com outros postulados como o da razoabilidade e da proporcionalidade. (ÁVILA, 2011, p. 155)

O postulado normativo da ponderação, pela doutrina de Humberto Ávila é um postulado normativo inespecífico, isto porque é um postulado que não possui uma forma, um método específico.

A ponderação poderá recair sobre diversos institutos jurídicos e ao aplicá-la é necessário primeiramente analisar quais serão os objetos sob os quais irão incidir a atividade ponderativa. Na sequência, é necessário fundamentar a relação formada de modo que todos os valores em conflito possam ter a maior irradiação possível, e, por fim, deve-se analisar qual deverá prevalecer em relação ao outro, da forma mais harmônica encontrada para o caso em questão. (ÁVILA, 2011, p.156)

Antes de tudo, é necessário que os direitos fundamentais estejam devidamente protegidos, o garantismo penal é uma vertente do direito que é um exemplo de como a busca de uma harmonização entre o direito de liberdade inerente a cada indivíduo e o poder punitivo do Estado buscando que ambos convivam de maneira onde se restrinjam o menos possível, de modo que haja um equilíbrio entre os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e o direito penal aplicado no caso concreto.

2.4.1.2 Postulado da proibição do excesso

Quando temos um conflito entre direitos fundamentais onde se um prevalecer outro será prejudicado deveremos utilizar o postulado normativo da proibição do excesso.

Como sabemos, existe uma série de direitos fundamentais a serem tutelados pelo Direito, no entanto, todos os direitos protegidos pelo nosso

ordenamento jurídico são de alguma forma relativizados em alguma situação específica.

O postulado normativo da proibição de excesso é um postulado inespecífico. Tal qual o postulado da ponderação também não tem um método específico de aplicação e visa basicamente evitar que um direito fundamental tenha a sua eficácia mínima anulada, independente dos motivos de tal restrição. (ÁVILA, 2011, p.158)

É comum tal postulado ser equiparado ao postulado da proporcionalidade. Humberto Ávila explica que o postulado da proporcionalidade exige como condição para atuação a existência de uma relação meio e fim, onde o núcleo de determinado direito fundamental não foi atingido. (ÁVILA, 2011, p. 160)

Em contrapartida, o postulado da proibição do excesso dispensa tal relação de causalidade sendo necessário tão somente que a eficácia mínima de um direito fundamental esteja sendo restringida.

2.4.1.3 Postulado da razoabilidade

O postulado da razoabilidade pode ser utilizado em vários ângulos, além disso, não existe uma uniformidade na jurisprudência no que diz respeito a nomenclatura. Ele é utilizado para regulamentar a aplicação de normas jurídicas, principalmente as regras.

Humberto Ávila estabelece que o postulado normativo da razoabilidade pode ser analisado sobre três pontos de vistas diversos. Primeiramente como uma busca de individualização de uma determinada norma geral em um caso específico, ou seja, buscando demonstrar que determinada situação esta acontecendo dentro dos parâmetros de normalidade trazidos por certa norma ou ainda que aquele caso específico não se encaixa na esfera de proteção trazida por aquela ou por outra norma. (ÁVILA, 2011, p. 164):

Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra

são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada.(HAGE, 1997, apud ÁVILA, 2011, p. 166/167)

Outro ponto deste postulado é versado quando se busca fazer uma ligação entre a norma, seu sentido teleológico e os fatores externos a ela de modo que não seja desconsiderada a realidade na solução de determinado conflito, ou seja, levando em conta o contexto fático se há ainda razão para aplicação de determinada norma, ou ainda se esta sendo considerada a razoabilidade para aplicação dos fins trazidos nesta norma.

O postulado da razoabilidade ainda é trazido como uma “diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, 2011, p. 164).

Exemplifica ÁVILA (2011, p. 170):

Outro exemplo refere-se às penas que devem ser fixadas de acordo com a culpabilidade do agente. Nesse sentido, a culpa serve de critério de fixação da pena a ser cumprida, devendo a pena corresponder à culpa. O Supremo Tribunal Federal, em caso já mencionado, decidiu pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso. Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por Município, considerado o período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgada improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência do concurso público. A punição não seria equivalente ao ato delituoso.

Como vemos o princípio da razoabilidade neste sentido busca uma harmonização entre o fato concreto e os parâmetros utilizados pelo princípio.

Vimos, portanto, quais são as espécies de postulados normativos e como estes são utilizados na solução entre conflitos de direitos fundamentais.

O entendimento da forma como os postulados normativos interagem com as demais normas do ordenamento jurídico é imprescindível para a análise das soluções cabíveis no conflito entre a liberdade de expressão e informação e o devido processo legal.

3 CONTEÚDO NORMATIVO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO

Num outro momento da pesquisa, será de maior relevância, demonstrar o alcance constitucional empregado à garantia de liberdade de expressão, demonstrando os seus limites, e determinando qual a sua real dimensão dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, será útil analisar os dispositivos da Constituição que dão esboço à garantia em comento, interpretando e extraindo do texto as premissas que permitam maior proteção ao cidadão.

Nesta mesma quadra, temos de destacar quais os limites impostos a garantia de liberdade de expressão proclamada no texto constitucional. Há tempos foi fixada a noção de que os direitos fundamentais não são absolutos, repisando o antigo brocardo “o direito de um indivíduo termina quando começa o de outro”. Para a solução deste conflito, utilizaremos os postulados normativos aplicativos estudados pelos pensadores do direito moderno.

Ainda sobre o alcance da liberdade de expressão e informação, será necessário relacionar a garantia com as noções modernas de Estado democrático de Direito, para que delimitemos qual a contribuição daquele direito fundamental para a consolidação verdadeira da democracia.

Será também de estrutural importância, relacionar a mídia com a garantia em comento, uma vez que, para o exercício pleno da liberdade de expressão e informação é necessário que se tenha meios concretos, tais como jornais, revistas e rádio, etc.

Ressaltaremos também, ainda sobre a mídia, quais seus pontos positivos e negativos na sociedade, a formação da opinião pública, deve ser utilizado sempre para propósitos firmes, de modo a não prejudicar direitos alheios.

Ainda em matéria de proteção constitucional da liberdade de expressão, nos encarregaremos de demonstrar como anda o direito estrangeiro, comparando as previsões internacionais que protegem a liberdade de expressão, com as disposições semelhantes de nossa Carta Política.

Numa última análise, neste mesmo capítulo, iremos expor alguns casos concretos julgados pelos tribunais pátrios, em que houve o conflito entre liberdade de expressão e demais direitos fundamentais previstos pela Constituição.

3.1 Proteção Constitucional da Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão vem consagrada na Constituição Federal de 1.988, em seu art. 5, inciso IV¹, assim como no inciso XIV² do mesmo dispositivo. Encontra respaldo também, no artigo 220³ do texto constitucional.

Portanto, tal garantia é colocada como fundamental aos cidadãos brasileiros, sendo de extrema importância para a consolidação de um estado democrático, intenção de toda a Nação brasileira, a partir da entrada em vigor da nova ordem constitucional.

Já num primeiro momento, é importante conceituar a garantia de liberdade de expressão, que, conforme magistério de Edilson Pereira de Farias (1996, p. 131), consiste em:

Do cotejo de documentos internacionais e textos constitucionais que a consagram, constata-se que a liberdade de expressão e informação é atualmente entendida como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, ideias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações.

Paulo Gustavo Gonet Branco, acentua que incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas ao cidadão, como a comunicação de pensamentos, ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem, etc.), consignando que o grau de proteção que cada uma dessas

¹ Art. 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;

² XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

³ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas serão amparadas pela Constituição Federal (BRANCO, 2010, p. 450).

Assim, é possível concluir, que a garantia da liberdade de expressão, encampa diversos direitos subjacentes, tendo, todos eles, proteção constitucional, na medida em que o sujeito irá se exprimir de diversas maneiras diferentes dentro da sociedade.

Ademais, vislumbra-se que a proteção constitucional dada aos direitos subjacentes à liberdade de expressão tem graus de proteção distintos, algumas manifestações receberão maior proteção, conquanto outras terão menor amparo da norma constitucional.

Estabelecido os dispositivos constitucionais que protegem a liberdade de expressão, torna-se imperioso delimitar qual o alcance da tutela desta garantia, neste sentido, o doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 451), salientando que:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista.

E continua suas preciosas lições, nas seguintes linhas:

No direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos [...] A liberdade de expressão, contudo, não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física [...] A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura.

Num primeiro momento, é imperioso salientar, que assim como todos os direitos e garantias fundamentais amparados pela Constituição Federal, a liberdade de expressão encontra limites, não podendo o sujeito de direitos se manifestar de modo a ofender os direitos de outros cidadãos.

É claro que emitir uma crítica a uma obra literária, causará certo desconforto ao seu autor; independentemente disso, o que se deve verificar, para

aferir se determinada manifestação encampada pela garantia da liberdade de expressão, colide com outro valor constitucional fundamental de maneira a sumprimi-lo, é o modo pelo qual o sujeito se expressa; tal garantia deve ser exercida de maneira a não prejudicar ninguém, tanto moralmente, quanto materialmente.

Atualmente, toda a Doutrina Jurídica, afirma veementemente, que os direitos e garantias fundamentais determinados pelas Constituições colidem, devendo o hermeneuta buscar métodos para a solução destas colisões.

Sobre a colisão de direitos fundamentais, Edilson Pereira de Farias (1996, p. 155), assegura que:

Haverá colisão entre os próprios direitos fundamentais (colisão entre os direitos fundamentais em sentido estrito) “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”. Sucede a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais, quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) se contrapõem a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros.

Assinalando as colisões existentes entre normas constitucionais, e sobre os motivos que ensejam tais colisões, Luís Roberto Barroso (2010, p. 329-330) assevera que:

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito Contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque [...] A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição.

Nestes termos, como a nossa Constituição representa uma grande revolução, que rompeu com o ordenamento jurídico anterior, para transpor as barreiras do autoritarismo e transformar o Estado brasileiro verdadeiramente em Democrático de Direito, as colisões entre normas constitucionais são inevitáveis.

Várias técnicas foram desenvolvidas para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais, dentre elas destaca-se a da ponderação, desenvolvida por

diversos pensadores jurídicos brasileiros. Dentre eles, Ingo Wolfgang Sarlet., Humberto Bergmann Ávila.

Ana Paula de Barcelos (2003, p. 57), sintetizando a aplicação da ponderação no sistema jurídico, aduz que:

Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam os confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais (ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional). O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

Ainda, sobre o método da ponderação a ser utilizado na solução dos conflitos que venham a existir entre direitos e garantias fundamentais, Luís Roberto Barroso (2010, p. 335), acentua que:

[...] a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto [...]

Continua seu magistério, com as linhas seguintes:

Em suma, consiste ela (a ponderação) em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.

Nesse passo, o que se deve buscar é a coexistência dos direitos e garantias fundamentais, que inegavelmente formam um sistema, para que em sua aplicação concreta, não sejam suprimidos por outro protetivo constitucional.

Humberto Ávila (2011, p. 157), define os métodos de resolução destes conflitos como sendo postulados aplicativos normativos. Merece destaque, para os fins pretendidos nesta pesquisa, o postulado normativo da *proibição do excesso*, que tem por finalidade impedir que a aplicação de uma norma determinada que afete um

determinado direito fundamental atinja o núcleo essencial desse direito, resultado em uma restrição excessiva. (SCHREIBER; 2008, p. 32).

Assim sendo, devemos sopesar no caso concreto, se o exercício da liberdade de expressão por determinado sujeito, afeta os direitos e garantias fundamentais de outro sujeito. É, portanto, nesse ponto, que a tutela da liberdade de expressão encontra limites. Por fim, ressalte-se, que o exercício de um direito fundamental, inevitavelmente atingirá determinado direito/garantia, o que não deve ocorrer é a supressão total deste direito/garantia.

Fixadas essas primeiras premissas a respeito do alcance da tutela do exercício da liberdade de expressão, é necessário analisar o segundo aspecto que envolve esta garantia fundamental do indivíduo, qual seja, a limitação de censura imposta ao Estado brasileiro.

A Constituição Federal de 1.988 rompeu com a ordem jurídica anterior, que sustentava o regime ditatorial pelo qual passava o Brasil até então. Uma das políticas estabelecidas para manter o regime, baseava-se na censura dos meios de expressão existentes àquela época.

Para consolidar o Estado Democrático de Direito a ser implantado no Brasil era salutar que se garantisse ao indivíduo a liberdade de expressão, alçando-a como garantia fundamental do cidadão.

A vedação à censura não está no rol de direitos e garantias fundamentais previsto no artigo quinto da Constituição, mas sim, no §2º, do artigo 220 do texto constitucional. No entanto, trata-se de uma garantia dos cidadãos brasileiros, a ser observada pelo Estado, nas relações verticais estabelecidas. Conforme redação do excerto que se confere:

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

§ 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.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 452), alinhava que:

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira na esfera de liberdade do indivíduo.

O ilustre doutrinador continua seu raciocínio nestas linhas:

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma 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. A proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assumas as consequências não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou.

Evidencia-se, por isso, que a proibição de censura por parte do Estado, caracteriza-se como uma garantia omissiva. Para que ela se concretize, não há a necessidade de que o Estado aja, basta que não condicione as manifestações dos cidadãos a passarem por seu crivo, antes de irem a público.

Neste sentido, importante as conclusões de Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 452):

Tratando-se de um típico direito de abstenção do Estado, essa liberdade, será exercida, de regra, contra o Poder Público. Ela não enseja, ordinariamente uma pretensão a ser exercida em face de terceiros. A liberdade constitucional não pode ser invocada para exigir a publicação, por exemplo, de uma dada opinião, num jornal privado, em situação não abrangida pelo direito de réplica.

Ademais, e ainda falando sobre o alcance da garantia à liberdade de expressão, é de se ressaltar que o sujeito de direitos, ao exercer a garantia que lhe é facultada pelo texto Constitucional, deve arcar com as consequências da sua manifestação. O inciso V, do artigo 5º, da Constituição, permite essa conclusão, tendo em vista que o referido inciso encontra-se logo abaixo ao que garante a livre manifestação do pensamento.

Art. 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:

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

Quanto a este aspecto, conclui Gilmar Mendes (2010, p. 454), consignando que:

A Lei Maior assegura a todos o direito de resposta, que corresponde à faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um meio de comunicação. O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagravo [...] O direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão.

Mais uma vez, e como já dito, o exercício da garantia de liberdade de expressão não pode suprimir o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais também protegidos constitucionalmente. Portanto, como forma de prevenir o exercício arbitrário desta garantia, a própria Constituição sujeita aquele que transpor os limites do exercício regular da liberdade de expressão às consequências já citadas.

Outro limite imposto à tutela da liberdade de expressão está estampado no inciso X, do artigo 5º, da Constituição, que garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra e imagem das pessoas, sendo assegurada indenização por danos, tanto morais, quanto materiais decorrentes da violação deste preceito.

Art. 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:

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;

Apontando neste mesmo sentido, Edilson Pereira de Farias (1996, p. 137), conclui que:

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de expressão e informação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente.

O exercício da liberdade de expressão não pode atingir o núcleo essencial dos direitos elencados acima, as manifestações decorrentes daquela garantia constitucional não podem interferir no exercício de direitos e garantias fundamentais, conforme exaustivamente explicitado neste pesquisa, de forma a suprimi-los.

Para elucidar melhor as questões em que há colisão entre a garantia à liberdade de expressão e o direito à honra, imagem e vida privada, Luís Roberto Barroso (2010, p. 331), traz os seguintes exemplos para melhor visualização:

- a) Uma jovem faz *topless* na Praia Mole, em Florianópolis, Santa Catarina. Jornal de grande circulação publica uma foto do episódio. Tem ela direito a indenização por uso indevido de sua imagem?
- b) A princesa Caroline de Mônaco ingressa em juízo, na Alemanha, visando proibir os órgãos de imprensa de publicar fotos suas, mesmo que em público, quando estivesse em atividades de sua vida privada;
- c) Doca Street foi protagonista de um crime passionnal que marcou época no Rio de Janeiro. Quando uma grande emissora de televisão decidiu realizar um programa romanceando o episódio, após o réu haver cumprido a pena e já estar ressocializado, procurou ele impedir a exibição.

Veja que em todos os exemplos trazidos acima, há a colisão da garantia à liberdade de expressão com a honra, a vida privada e a imagem das pessoas, devendo o intérprete utilizar dos métodos da ponderação e da proibição do excesso, para delimitar qual o alcance da tutela inerente à liberdade de expressão.

Outro ponto pertinente a ser abordado, refere-se a verdade contida nas manifestações humanas que têm a guarida da garantia constitucional de liberdade de expressão. Assim, indaga-se, se apenas a informação, que seja realmente verdadeira, estaria protegida pelo mandamento constitucional.

A respeito do assunto, delimita Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 462), que somente a liberdade de imprensa estaria inserida neste contexto, concluindo seu raciocínio da seguinte maneira:

A busca de outros limites intrínsecos à liberdade de expressão, especialmente no caso da liberdade de imprensa, conduz à indagação sobre se apenas a informação verdadeira acha-se protegida. Põe-se a indagação sobre se também a informação falsa está protegida pela liberdade de imprensa [...] Não resta dúvida que a comunicação social com conteúdo comercial está obrigada a não distorcer a verdade [...]

Destacada a importância da questão pelo constitucionalista este afirma sua posição, da seguinte forma:

A informação falsa não estaria protegida pela Constituição, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. Assinala-se a função social da liberdade de informação de “colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia (...), para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante” [...] A publicação, pelos meios de comunicação, de fato prejudicial a outrem gera direito de indenização por danos sofridos, admitindo-se, entretanto, a prova da verdade, como fator excludente de responsabilidade. A publicação da verdade, portanto, é a conduta que a liberdade proclamada constitucionalmente protege.

Assim sendo, as manifestações de expressão, principalmente as da imprensa, deverão ser calcadas pela verdade, para, além de possibilitar a prova da verdade para o fim de excluir a responsabilidade indenizatória pelos danos sofridos, proteger o cidadão contra informações inverídicas.

Por fim, para fechar o alcance da garantia à liberdade de expressão, é importante tecer algumas considerações a respeito da incidência de leis penais, que tipificam manifestações com determinados conteúdos como crimes.

É que determinadas publicações externadas principalmente pela imprensa podem ensejar a incidência de leis penais, para tutelar bens jurídicos como a honra e a imagem das pessoas.

O Código Penal tem capitulação especial, denominada “Dos Crimes contra a Honra”, que traz em seu corpo três tipos penais, que possibilitam a responsabilidade daqueles que se expressarem além dos limites da garantia à liberdade de expressão, já citados nesta pesquisa.

CAPÍTULO V DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

- I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;
- II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;
- III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

- I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
- II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Ademais, outras condutas mais graves perpetradas pelo sujeito de direitos que exerce a garantia à liberdade de expressão, podem configurar os tipos penais de racismo, previstos na lei 7.716/89. O caso Ellwanger é o principal caso no Brasil a despeito deste aspecto.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 332), traz o referido caso em sua obra, consignando que:

A liberdade de expressão não protege a incitação do racismo. Caracteriza esse crime a publicação de livros de caráter antisemita, depreciativos do povo judeu e que procuram negar a ocorrência do holocausto. A imprescritibilidade do crime de racismo, prevista na Constituição, justifica-se como alerta para as novas gerações.

Foi negado *Habeas Corpus* a Siegfried Ellwanger, pelo Supremo Tribunal Federal, sendo este o caso mais notório julgado pelo pretório excelso, no qual foram traçados limites à garantia da liberdade de expressão; a principal tese da defesa era a de que o conteúdo dos livros publicados pelo paciente estava abarcando pela garantia constitucional, não devendo haver responsabilização penal por tal motivo. Entretanto, estes argumentos foram afastados pelos Ministros, sob o argumento de que nenhuma garantia/direito fundamental pode ser exercido de maneira ilimitada. A ementa do julgamento foi a seguinte:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa [...] 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.** 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada (Grifo Nosso) (HC 82424/RS. Ministro Relator: Moreira Alves. Data do Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Pleno do Supremo Tribunal Federal).

A decisão dada no caso concreto que ora se apresenta, se coaduna com todas as premissas estabelecidas anteriormente nesta pesquisa, em especial, a

de que a garantia constitucional de liberdade de expressão não é absoluta, sendo, portanto, limitada de diversas maneiras.

Delimitado o alcance inerente à proteção Constitucional que é conferida à garantia de liberdade de expressão, e destacados os limites que o ordenamento jurídico impõe ao exercício de tal garantia, passa-se a relacionar a sua contribuição para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito que se pretende consolidar no Brasil.

3.2 Relação com o Estado Democrático de Direito

O princípio do Estado Democrático de Direito vem relacionado no art. 1º do texto constitucional, como norma aberta e margeada pela subjetividade, cabendo à doutrina conformar e delimitar seu alcance e, de forma mais precisa, o seu conceito.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Antes de relacionar a garantia à liberdade de expressão com o Estado Democrático de Direito, é imperioso que se delimite qual o real sentido de implantar um Estado Democrático de Direito em um País, e quais suas consequências sociológicas.

Definindo Estado de Direito, Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 197), salienta que ele possui os seguintes aspectos fundamentais:

- a) Está afastada, desde logo, qualquer ideia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (res publica) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos

- homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito;
- b) Os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos;
 - c) A organização do Estado e a regulação de suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidade, tais como liberdade civil, igualdade jurídica, garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de participação popular e sua participação no Poder Legislativo.

Ao abordar o tema, Lênio Luiz Streck (2008, p. 31), acentua que: “Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – *em que o direito deve ser visto como instrumento de transformação social*”.

Posto isso, a primeira conclusão que se obtém é que um Estado Democrático é de Direito quando se utiliza este campo da ciência humana para transformação social, para que se quebre antigos paradigmas presentes no meio social, para que os objetivos traçados pela Constituição sejam alcançados, determinando um novo paradigma social a ser estabelecido.

Com isso, já se vislumbra um primeiro aspecto em que a garantia a liberdade de expressão se relaciona com o Estado Democrático de Direito a que se pretende consolidar em nosso País. Como já foi dito, a Constituição Federal de 1.988 serviu para romper com a ordem jurídica anterior, que sustentava o regime militar pelo qual nosso país passou. E também, conforme já explanado, uma das políticas mais incisivas do regime era censurar os meios de comunicação, sob o pretexto de manter o controle social.

Então, com a queda do regime, entra em vigor a nova Carta Política, a qual previu a garantia à liberdade de expressão e vedou ao Poder Público o exercício de qualquer tipo de censura aos meios de comunicação. Assim, à sociedade brasileira, se permitiu o pleno conhecimento sobre todos os acontecimentos políticos deste País. Garantiu-se também, com a liberdade de expressão, o direito de protestar contra o Governo quando este não cumprisse as funções constitucionais de maneira concreta.

É inegável, por tudo isso, que garantir a liberdade de expressão à sociedade brasileira consolidou, de certa forma, o nosso Estado Democrático de Direito, ao passo que esta nova garantia rompeu com paradigmas anteriores e transformou a nossa sociedade.

O que se pretendia, naquele momento, no já consolidado Estado brasileiro era a redemocratização do nosso País. De uma maneira simples, era a possibilidade de escolher diretamente os representantes do povo brasileiro, e ter direito a criticá-los quando fosse necessário. Por isso, era de extrema importância que se assentasse uma nova Constituição, para que tivéssemos um novo ordenamento.

A respeito da definição de Estado Democrático de Direito, Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 213) bem define que:

[...] entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos [...] agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a proclamação solene daqueles direitos.

Com propriedade, Luís Roberto Barroso (2010, p. 88-89), relaciona constitucionalismo com democracia, ressaltando que se trata de conceitos que se relacionam, eis as palavras do constitucionalista:

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: o de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of Law*, *Rechtsstat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição.

Portanto, a ideia de Estado Democrático de Direito tem relação intrínseca com a Constituição. O papel do texto constitucional num Estado democrático, segundo Luís Roberto Barroso (2010, p. 90), são os seguintes:

Em primeiro lugar, compete a ela (constituição) veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e organização

dos poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos.

Nesse contexto, é de se notar uma confluência entre a Constituição e a consolidação de um Estado democrático; o estabelecimento da democracia, como forma governamental, se dá por meio da inserção, na Carta Política, de meios que permitam ao povo o exercício direto do Poder.

Pode-se considerar, de maneira indireta, que a garantia à liberdade de expressão é uma das formas pelas quais a sociedade exerce a democracia. Nos dias de hoje, uma das melhores formas de controlar o Poder Público se concretiza por meio da mídia, que por sua vez exerce a sua função sustentada pela garantia à liberdade de expressão conformada no texto constitucional.

A partir disso, é possível definir que a sociedade tem direito a se informar sobre o modo que o Poder Público utiliza para coordenar a Nação. Numa outra seara, a sociedade tem o direito de informar todo acontecimento político que ocorrer no País.

Assim considerando, pode-se concluir que a garantia à liberdade de expressão dá suporte ao exercício democrático do poder pelo povo. O próprio exercício da liberdade de expressão, garantida constitucionalmente, se perfaz no exercício da democracia. Criticar uma política governamental, por exemplo, é uma forma de exercer o poder e ter a possibilidade de influir nas próximas decisões a ser tomadas pelos governantes.

Numa segunda abordagem, a liberdade de expressão pode ser tida como uma forma de controle sobre o governo, conforme dito acima. As comunicações atualmente têm uma velocidade astronômica. O exercente do Poder, tem consciência de que qualquer passo em falso pode ser tratado pela imprensa/mídia no dia seguinte, fatos estes que podem repercutir diretamente em sua vida pública.

A sociedade, então, como verdadeiro titular do Poder Público, pode, através do exercício da liberdade de expressão, exercer diretamente o Poder, assim como pode controlar o exercício da administração pública.

Pode se considerar por isso, a garantia à liberdade de expressão, como sendo um direito fundamental de participação, que segundo Edilson Pereira de Farias (1996, p. 92), podem assim ser definidos:

A última categoria dos direitos fundamentais refere-se aos direitos de participação – correspondendo ao último *status* da teoria de Jellinek, ou seja, ao *status activus*. Possuindo as características mistas de direitos de defesa e direitos a prestações, visam garantir a participação dos cidadãos na vida política do país, na formação da vontade política da Nação. Isto é, “estão ligados à formação política do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos do Estado.

Pelo exposto, é imperioso concluir, que o exercício da garantia à liberdade de expressão tem uma vertente que contribui para a formação de um País democrático. E que de certa forma, o exercício desta garantia fundamental, possibilita à sociedade participar do Governo. Além disso, vislumbra-se também, como uma forma de controlar o Poder Público.

Estabelecendo a relação entre a garantia à liberdade de expressão e informação e o Estado democrático, Edilson Pereira de Farias (1996, p. 238-127), aduz que:

A liberdade de expressão e informação, consagrada em textos constitucionais sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma das características atuais das sociedades democráticas. Essa liberdade é considerada inclusive como termômetro do regime democrático [...] A liberdade de manifestar sem peias o pensamento e a opinião tem sido um dos mais caros e estimados direitos do **cidadão**. (Grifo Nosso).

Ademais, o pleno exercício da cidadania só será concretizado quando se garanta a liberdade de expressão, a formação da opinião pública se consolida através do exercício desta liberdade constitucional, sendo, portanto, fundamental para o funcionamento dos estados democráticos, mais uma vez, Edilson Pereira de Farias (1996, p. 134), com propriedade acentua que:

Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien regime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficiente e corretamente informado; aquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública

pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos.

Mais uma vez, revela-se o inter-relacionamento existente entre a consagração pela Carta Política da liberdade de expressão, com a consolidação verdadeira de um Estado Democrático de Direito, no qual a referida garantia é de salutar relevância, permitindo a participação da sociedade na formação da opinião pública, que por seu turno é de fundamental importância para o exercício adequado do Poder Público.

O que se deve ter em mente é que não há Estado Democrático sem a participação plena da sociedade no processo que elege os exercentes do Poder, o que se revela por meio de várias formas, sendo uma delas o exercício efetivo da garantia à liberdade de expressão e informação.

Relacionando a liberdade de expressão e informação com o Estado Democrático de Direito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO – DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO “ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI” – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOCTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica

severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, verdadeira “garantia institucional da opinião pública” (Vidal Serrano Nunes Júnior), por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material ao próprio regime democrático. - Mostra-se incompatível, com o pluralismo de idéias (que legitima a divergência de opiniões), a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado - inclusive seus Juízes e Tribunais - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa, não cabendo, ainda, ao Poder Público, estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição indevida aos “mass media”, que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever-poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). (Grifo Nosso) (AL 690841/SP. Ministro Relator: Celso de Mello. Data do Julgamento:21/06/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma).

Ainda sobre o assunto, são interessantes as conclusões de Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 451):

A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana. O argumento democrático acentua que “o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder”. A liberdade de expressão, é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre). Um outro argumento, que já foi rotulado como cético, formula-se dizendo que “a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade [a política] que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social”

Ainda, quanto a concepção democrática do direito à liberdade de expressão, Simone Schreiber (2008, p. 50), assevera que:

A concepção instrumental da liberdade de expressão funda-se nos seguintes argumentos:

1. Nos regimes democráticos, apoiados na soberania popular, deve ser garantido o direito de criticar livremente os agentes públicos e de sustentar ideias que diverjam do senso comum. Mesmo as opiniões francamente minoritárias e extremistas devem ser toleradas e combatidas apenas no campo das ideias.
2. O livre embate de ideias é imprescindível à descoberta da verdade, estando a verdade por sua vez associada à tomada das melhores decisões e à adoção das melhores políticas.
3. A proibição de discursos políticos extremistas propicia um ambiente de instabilidade política e enfraquece o Governo. Os regimes democráticos devem conviver com certo grau de instabilidade provocado pela livre veiculação de teses extremistas.

Em suma, o Estado brasileiro rompeu o paradigma anterior com o estabelecimento da nova ordem constitucional em 1.988, passando a ser regido por relações democráticas, vindo a ser, por isso, um Estado Democrático de Direito, onde esse campo da ciência humana serve de suporte a transformações sociais. A garantia de liberdade de expressão e informação, consolida essas transformações, uma vez que permite que o cidadão participe na formação da opinião pública, fundamental na democracia moderna, por tais motivos.

Portanto, a relação existente entre a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia a liberdade de expressão e informação é que este direito fundamental do cidadão fortalece a noção democrática de um País, na medida em que permite a crítica social em relação ao governo, o que de certa maneira cria um parâmetro de controle sobre os exercentes do Poder Público.

Estabelecida a relação da garantia fundamental em comento com as noções de Estado Democrático de Direito, passaremos a analisar a liberdade de expressão na mídia, destacando os aspectos positivos e negativos do tema, e tendo por suporte as premissas já fixadas.

3.3 A Liberdade de Expressão na Mídia

É evidente, em todas as concepções que se tem sobre a garantia à liberdade de expressão, que referida garantia está intimamente ligada ao que hoje, a sociedade convencionou denominar de mídia.

Assim o é, por que a liberdade de expressão necessita de meios concretos para que seja exercida, é necessário, bem por isso, que haja canais de

televisão, sítios da internet, rádios, revistas, jornais, etc., para que as manifestações decorrentes do exercício da garantia referida sejam veiculadas.

Os aspectos positivos a serem apontados dizem respeito ao tema abordado no item anterior, referente à construção de um Estado Democrático. A mídia, de forma incontestável exerce controle sobre a atividade Política.

O exercente do Poder, têm em mente que a mídia é que forma a opinião pública, que pode influenciar na decisão a ser tomada pelo povo nas urnas. Este é um primeiro ponto positivo a ser apontado quando à comunicação de massa.

Outro aspecto relevante, com contornos mais modernos, relaciona-se com a velocidade em que as informações chegam ao público, no mundo atual, as informações chegam numa rapidez astronômica, o que de fato, facilita a vida da população.

Já noutro sentido, o primeiro mal que se enxerga deste contexto, é que todos esses meios de comunicação têm, entre os seus fins, o lucro. Então, fica fácil visualizar, que não é muito difícil, que esses meios extrapolem os limites impostos à garantia de liberdade de expressão e informação, para obterem maiores rendimentos.

Assim, essas empresas devem ter em mira a necessidade de se conciliar a boa informação com os lucros a serem auferidos pela atividade empresária. É claro que as empresas de comunicação devem ter lucro, até mesmo para que a liberdade de expressão seja verdadeiramente garantida, caso assim não fosse, estaria inviabilizada a atividade referida, o que, de certa forma, prejudicaria a garantia constitucional em comento.

Os principais limites impostos à mídia, quando esta exerce a liberdade de expressão, se relacionam em pautar suas manifestações por fatos verídicos, e também a respeitar a honra, a imagem e a vida privada das pessoas.

A veiculação de notícia falsa, por exemplo, pode dar ensejo a indenização, dando contornos ao assunto em comento, Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 463), assinala que:

A publicação, pelos meios de comunicação, de fato prejudicial a outrem gera direito de indenização por danos sofridos, admitindo-se, entretanto, a prova da verdade, como fator excludente de responsabilidade. A publicação da verdade, portanto, é a conduta que a liberdade proclamada constitucionalmente protege [...] Isso não impede que a liberdade seja reconhecida quando a informação é desmentida, mas houve objetivo

propósito de narrar a verdade – o que se dá quando o órgão informativo comete erro não intencional.

É importante, por isso, que a intenção do órgão de comunicação seja a de transmitir a verdade ao público, mesmo que se trate de mentira, e desde que o erro cometido não seja intencional.

Ainda sobre este aspecto, necessárias são as considerações de Edilsom Pereira de Farias (1996, p. 132), que assim conclui:

O limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à verdade subjetiva e não à verdade objetiva. Vale dizer: no Estado Democrático de direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verifica a seriedade ou idoneidade da notícia antes de qualquer divulgação.

Ainda sobre a questão da verdade em relação à liberdade de expressão, Simone Schreiber (2008, p. 98) acentua que:

Especial atenção deve ser dada ainda à questão da veracidade da notícia, considerada como requisito da liberdade de informação. Apesar de ressaltar que a finalidade da informação é dar conhecimento às pessoas de fatos verdadeiros, decorrendo daí um compromisso com a verdade que por sua vez justifica a proteção da veiculação da informação verdadeira contra quaisquer medidas censórias ou punitivas [...]

O que se vê, por isso, é que a garantia constitucional da liberdade de expressão não pode dar margem à veiculação de notícias, inverídicas, que prejudiquem os direitos alheios.

Outro ponto interessante, que diz respeito à mídia, e tem se verificado no Brasil, diz respeito a julgamentos criminais. Apenas para citar alguns exemplos, em que houve uma cobertura exaustiva dos fatos pela mídia, temos o caso do goleiro Bruno e o da família Nardoni.

Coloca-se em debate, se a cobertura midiática pode influir na decisão de casos criminosos, já que como dissemos, a garantia à liberdade de expressão tem como um de seus fins formar a opinião pública.

Nessa quadra, devemos dar especial enfoque ao princípio constitucional da presunção de inocência, pilastra fundamental do sistema persecutório brasileiro, positivado na Carta Política.

Art. 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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Mais uma vez, há uma colisão entre direitos fundamentais. A presunção de inocência muitas vezes pode ser suprimida pela cobertura das circunstâncias do crime efetuada pelos órgãos de informação. Devemos nos valer, para solucionar esses conflitos, dos postulados normativos aplicativos. Sobre a influência da mídia em processos penais, Simone Schreiber (2008, p.371) aduz que:

Se a gravação não autorizada (de imagens, vozes, comunicações telefônicas) se consubstancia em prova ilícita, sua divulgação poderá influenciar indevidamente o juiz da casa ou fomentar a pressão da opinião pública por condenações não suportadas pelo devido processo legal. O problema de que o juiz se deixe influenciar (consciente ou inconscientemente) pelas evidências não introduzidas validamente no processo, embora possa atingir juízes togados, é agravado em processos de júri, pelo simples fato de que os jurados não estão obrigados a motivar suas decisões [...] só esse fator já inviabiliza eventual verificação sobre se os jurados decidiram com base estritamente na prova dos autos, sem que se faça necessário discorrer sobre outros motivos geralmente apontados de maior vulnerabilidade de juízes leigos frente à publicidade opressiva de julgamentos criminais [...]

Veja então, que principalmente em crimes de competência do tribunal do júri, as informações veiculadas pela mídia podem exercer uma influência muito grande no provimento final.

Simone Schreiber (2008, p. 372) destaca ainda outro ponto negativo às coberturas sobre fatos criminosos:

Há ainda o risco de que os juízes sejam permeáveis ao clamor público (provocado e ao mesmo tempo repercutido pela imprensa) no sentido de que crimes que tenham merecido maior atenção da mídia sejam punidos rápida e exemplarmente, ainda que a condenação esteja pautada nas versões de fatos inicialmente divulgadas (aquelas apuradas pela polícia ou pelos próprios jornalistas), e que sejam desprezadas as garantias do devido processo legal.

Há, sem sombra de dúvidas, um conflito entre os vetores da presunção de inocência e da garantia de liberdade de expressão, quando a mídia exerce pressão para que determinado réu seja condenado. Deverá prevalecer, em nosso sentir, à luz do postulado normativo da proporcionalidade, a garantia constitucional

da presunção de inocência. Sopesando os bens jurídicos em jogo, a liberdade de ir e vir de determinado sujeito, deve prevalecer à vista da liberdade de expressão, em casos concretos que envolvam julgamentos criminais.

Por último, denota-se que a questão é bastante intrincada. A mídia brasileira, atualmente tem muito poder, principalmente na formação da opinião pública. Sempre que se tenta apor limites ao exercício da liberdade de imprensa, pelos órgãos de informações, surgem críticas, sustentando que a censura prévia retornou. O que realmente deve ocorrer é um exercício responsável da liberdade de expressão pelos órgãos da mídia, principalmente quando se tratar de cobertura de casos criminosos, pode ocorrer, da liberdade de um inocente estar em jogo.

Numa outra seara, cumpre ainda, nesta parte da pesquisa, tecer alguns comentários a respeito do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada em face da Lei de imprensa (lei nº 5.260/67), julgada procedente para declará-la não recepcionada pela Constituição, cuja parte da ementa ora se transcreve:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÔEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A

TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL [...] (ADPF 130. Ministro Relator: Carlos Britto. Data do Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Pleno do Supremo Tribunal Federal).

A procedência da ação extirpou do ordenamento jurídico a lei que regulamentava a atividade da imprensa. Urge destacar, que a referida lei foi editada sob a égide do regime militar, não coadunando com o regime democrático implantado a partir da promulgação da Carta Política de 1.988.

Entretanto, é essencial, em nosso sentir, que se edite nova lei que regule a atividade da mídia. Não no sentido de se restabelecer algum tipo de censura, impensável num Estado democrático, mas sim, para que se preveja responsabilização, principalmente na área cível, às manifestações de expressão que violem os direitos alheios.

3.4 Direito Comparado e Jurisprudência Aplicada

Na ordem mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU, prevê em seu artigo 19: *“everyone has the right to*

*freedom to hold options without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers*⁴.

Na União Europeia há um texto constitucional, que assenta as relações entre os Estados europeus, inclusive indicando direitos e garantias fundamentais, protegendo igualmente a liberdade de expressão, mais precisamente, em seu artigo 71, com a seguinte redação:

Artigo II-71.

Liberdade de expressão e de informação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.
2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

A Constituição portuguesa, em seu artigo 37, garante a liberdade de expressão nos seguintes termos:

Artigo 37.º - Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

Veja, que a conjuntura do referido dispositivo, assemelha-se com as previsões da Constituição brasileira. Saliente-se que Portugal também havia passado por um regime ditatorial até a promulgação de sua nova Constituição em

⁴ Todo mundo tem o direito de liberdade de ter opções, sem interferência e de procurar, receber e transmitir informações and ideas por qualquer mídia e ainda independentemente de fronteiras. (Tradução Livre)

1.976, daí a importância do referido dispositivo para a nova ordem que se pretendia implantar naquele país.

É de se notar também a presença do direito de resposta no dispositivo colacionado, assim como a vedação expressa a censura prévia, previsões também estabelecidas na Carta Política brasileira.

Já a Constituição espanhola de 1.978 traz expressamente a garantia à liberdade de expressão, nos seguintes moldes:

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial⁵

⁵ 1. São reconhecidos e protegidos os direitos:

- a) A livremente expressar e divulgar pensamentos, ideias e opiniões por escrito palavra, ou qualquer outro meio de reprodução.
 - b) A produção e criação literário, artístico, científico e técnico.
 - c) a liberdade acadêmica.
 - d) A comunicar livremente ou receber informação verdadeira por qualquer meio de comunicação. A lei regula o direito à cláusula de consciência e o sigilo profissional no exercício dessas liberdades.
2. O exercício destes direitos não pode ser restringida por qualquer forma de censura.
3. A lei regula a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social por parte do Estado ou de qualquer entidade pública, e garantir o acesso a esses meios de importantes grupos sociais e políticos, respeitando o pluralismo da sociedade e as várias línguas Espanha.
4. Estas liberdades são limitadas pelo respeito dos direitos reconhecidos na presente parte, as disposições das leis que o implementam e, especialmente, o direito à honra, privacidade, da auto-imagem e à protecção da juventude e da infância.
5. Far-se-á a apreensão de publicações, gravações e outros meios de comunicação em virtude de ordem judicial. (Tradução livre)

Denota-se também que o texto espanhol guarda semelhanças com a previsão constitucional brasileira que garante a liberdade de expressão. Por lá também é vedada a censura prévia, e está igualmente prevista a responsabilização que o exercício irracional de referida garantia.

No continente americano, o principal documento que rege as relações internacionais em matéria de direitos humanos é o Pacto de São José da Costa Rica, que estatui: *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de la expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de tida índole, sin consideración de fronteras*⁶.

Os precedentes que trataram da garantia à liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, relacionam-se com a primeira guerra mundial, dentre eles destaca-se o caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616-1919), trazido por Simone Schreiber (2008, p. 72), nas seguintes linhas:

Jacob Abrams e outros haviam sido condenados à pena de vinte anos de prisão por produzir e distribuir cinco mil panfletos em Nova York, criticando o envio de tropas americanas à Rússia bem como a alocação de recursos para financiamento das forças de resistência à revolução soviética. O voto condutor do *Justice* Clarke manteve a condenação com apoio apenas na intenção evidenciada de minar o envio de tropas e recursos à Rússia, o qual integraria a estratégia americana de combate à Alemanha na Guerra que estava em curso. Não foi avaliado o risco efetivo trazido pelos panfletos, mas apenas a má tendência do discurso que encorajava a resistência à Guerra (*bad tendency test*) [...] Holmes redigiu voto dissidente sustentando que a divulgação daqueles panfletos não trazia risco efetivo para a atuação norte-americana na Guerra e ainda que o Congresso não poderia evitar a veiculação de ideias divergentes, excluindo-as do embate do livre mercado de ideias.

Observa-se, portanto, que em todos os sistemas democráticos de governo é conferida a liberdade de expressão aos cidadãos. Destaca-se também, que em todos esses sistemas, a garantia encontra limites, não sendo, portanto, em nenhum deles, exercida de maneira ilimitada.

Superada esta primeira parte deste item, passaremos a expor a jurisprudência que aplica-se ao tema abordado neste capítulo da pesquisa, esboçando primeiramente o caso concreto em que o *decisum* foi aplicado, para depois colacionar a referida decisão.

⁶ Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos, independentemente de fronteiras (Tradução Livre).

Julgando recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça fez prevalecer a liberdade de expressão. Tratava-se de caso de uma publicação literária que fazia referência a crimes famosos, segue a ementa do referido julgamento:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OBRA JURÍDICO-INFORMATIVA QUE FAZ ILAÇÕES SOBRE A AUTORIA DE CRIME DE REPERCUSSÃO NACIONAL. ASSERTIVAS ADSTRITAS AO ÂMBITO DAS COGITAÇÕES. PRUDÊNCIA DO AUTOR EVIDENCIADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. Com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, não se concebe o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito. 2. No caso, as "conclusões" a que chegou o réu, no âmbito de obra jurídica intitulada "Crimes Famosos", acerca do "Crime da Rua Cuba", encontram-se no âmbito das incertezas razoáveis, das ilações plausíveis, as quais, aliás, podem estimular o estudo e a formação acadêmica do profissional do direito - a quem, principalmente, era dirigida a obra. O recorrido não se descuroou, antes de proclamar as assertivas ora acoimadas por ofensivas pelos recorrentes, de ressaltar que se tratava de "conclusão possível", de inclinação à "versão por muitos abraçada", de "cenário, por muitos vislumbrado", no qual não haveria imperfeição lógica.

3. É evidente que não se permite a leviandade por parte de quem informa e a publicação absolutamente inverídica que possa atingir a honra de qualquer pessoa, porém não é menos certo, por outro lado, que da atividade informativa não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. Exige-se, em realidade, uma diligência séria que vai além de meros rumores, mas que não atinge, todavia, o rigor judicial ou pericial, mesmo porque os meios de informação não possuem aparato técnico ou coercitivo para tal desiderato.

4. Ademais, ressalte-se que a educação e o ensino são regidos pelo princípio da "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (art. 205, inciso II, da CF/88 e art. 3º, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n.º 9.394/96), positivamente esta que protege e garante a máxima, por todos conhecida, de que os espaços acadêmicos - e, por consequência, a literatura a estes direcionada - são ambientes propícios à **liberdade de expressão** e genuinamente vocacionados a pesquisas e conjecturas.

5. Recurso especial improvido (REsp 1193886/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011).

Na ponderação leva a cabo pelo Tribunal superior, mais uma vez, no caso concreto, prevaleceu a proteção à liberdade de expressão, reconheceu-se a diligência que deve permear a atividade de quem publica ou divulga informações.

Por sua vez, o Tribunal paulista, julgando recurso de apelação no qual se pretendia a retirada de vídeo do *youtube*, tendo em vista que o conteúdo da mídia extrapolava o direito à informação, uma vez que denegria a imagem de agentes públicos.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS VIDEO ADICIONADO NO YOUTUBE MOSTRANDO A ATUAÇÃO DA POLÍCIA E DE MEMBRO DO JUDICIÁRIO CUMPRINDO ORDEM DE APREENSÃO DOS COMPUTADORES DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAS EFEITO SUSPENSIVO À DECISÃO QUE DETERMINOU A APREENSÃO QUE FOI CONCEDIDO APÓS A DIVULGAÇÃO DO VÍDEO - EDIÇÃO QUE NÃO EXTRAPOLOU O DIREITO DE INFORMAR, NÃO RESTANDO DEMONSTRADA A INTENÇÃO DE DENEGRIR A IMAGEM DO AUTOR, QUE EXERCIA O CARGO DE SECRETÁRIO JURÍDICO DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAS NA OCASIÃO ABUSO DE DIREITO NÃO CONFIGURADO DANOS MORAIS INDEVIDOS - AÇÃO PROCEDENTE RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação n.º 0280608-89.2009.8.26.0000. Desembargador Relator: Erickson Gavazza Marques. Data do Julgamento: 26/09/2012. Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado).

Prevaleceu também, no caso concreto apresentado, a garantia constitucional de liberdade de expressão, o Tribunal considerou que não restou demonstrada a intenção do produtor do vídeo em denegrir a imagem dos agentes públicos.

3.5 Considerações Finais

Deste modo temos que, a liberdade de expressão está consagrada em nosso ordenamento, fruto de uma quebra do ordenamento jurídico anterior, que sustentava o regime militar. Para a nova ordem, imperioso que se garantisse o pleno exercício dos direitos fundamentais.

Seguindo, sustentou-se que a liberdade de expressão encontra diversos limites. Dentre eles a proteção à honra, imagem e vida privada das pessoas, a imposição de que a informação a ser veiculada seja pautada pela verdade, assim como a capitulação penal de determinadas condutas.

A garantia objeto central desta pesquisa, não anda só no texto constitucional; convive de forma conflituosa com tantos outros direitos fundamentais previstos na Carta Política, devendo o intérprete buscar métodos para a solução dos eventuais casos concretos que surgirem.

O método mais adequado, em nosso sentir, é aplicação das metanormas, ou postulados aplicativos normativos, dentre eles, destaca-se, para os fins pretendidos pela pesquisa o da proibição do excesso, no qual nenhum direito ou

garantia fundamental pode ser exercido de forma a atingir o núcleo essencial de outro direito ou garantia fundamental, de modo a suprimir o seu exercício.

No relacionamento efetuado, entre a liberdade de expressão e a consolidação do Estado Democrático de Direito, buscou-se, efetivamente, delimitar qual a contribuição do exercício da garantia referida à consolidação da democracia.

A contribuição é a de que a liberdade de expressão serve para controlar o exercício do Poder Público. Serve também, para que os cidadãos conheçam verdadeiramente os fatos políticos de seu País, não dando margem para uma administração pautada pelos segredos, tornando o Estado mais transparente, portanto.

Numa outra ponta da pesquisa, analisou-se a mídia sob a perspectiva da liberdade de expressão, assentando-se que há aspectos positivos e negativos das informações de massa. Dentre os pontos positivos, o que mais se destaca, e a contribuição para o Estado Democrático de Direito, conforme já deduzido. Já no que diz respeito aos aspectos negativos, dentre eles destaca-se a influência da mídia em julgamentos criminais, podendo interferir no seu resultado final de maneira catastrófica.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Este capítulo tem como escopo tratar de um dos mais importantes institutos do direito brasileiro, qual seja o devido processo legal. Para tanto, inicialmente se fará uma breve análise histórica desse instituto, passando para sua delimitação conceitual e, posteriormente, um exame dos subprincípios originados pelas diretrizes expostas pelo devido processo legal.

4.1 Breve Linhas Históricas

Primeiramente, antes de adentrarmos no ponto fundante deste capítulo, faz-se necessário uma breve exposição da origem deste primordial instituto para o Direito.

Validamente, mesmo diante da irrefragável importância do princípio do devido processo legal, inúmeros processualistas, se contentam em apenas dizer que teve ele sua origem no direito anglo-saxônico. Desta forma, o objetivo deste excerto do trabalho não é esgotar a temática, entretanto buscar-se-á fazer uma análise pouco mais aprofundada sobre a origem e evolução deste princípio, obter um conceito que traduza o princípio do devido processo legal, nos moldes atuais.

Pois bem, a respeito do devido processo legal (ou *due process of law*), não se poderia deixar de lado dois aspectos relevantes. Primeiro, sobressaltamos resumidamente, sua aparição – origem -, no direito inglês, mais precisamente na *Magna Carta*, outorgada pelo Rei João Sem-Terra, em 1215. Em um segundo momento, trataremos da integração do devido processo legal no direito norte-americano, com outra roupagem, uma vez que brotado com motivação e princípios diferentes (MARTTEL, 2005, p. 159).

Assim temos que, o primeiro ordenamento jurídico que relatado o princípio do devido processo legal foi a *Magna Carta* do rei Jonh Lackland (João Sem-Terra) de 15 de junho de 1215. Isto pode ser afirmado, tendo em vista a redação dada ao item 39 da citada norma – que abaixo será exposto -, uma vez que

se refere a *legem terrae*, que posteriormente fora traduzido para a língua inglesa como *law of the land*, que tratava sobre o devido processo legal, sem contudo, utilizar-se dessa expressão (MARTTEL, 2005, p. 159).

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país (MEDEIROS, 2000, p. 111).

Somente em 1354, que foi utilizada a expressão devido processo legal em uma norma jurídica, quando ainda na Inglaterra, o Rei Eduardo III, no conhecido *Statute of Westminster of the Liberties of London*⁷, sedimentou a existência deste princípio incorporando-o definitivamente ao sistema da *Common Law*. Contudo, temos que admitir que durante este período os preceitos legais consideravam o devido processo legal como um instituto meramente formal (NERY JUNIOR, 2002, p. 33).

Todavia, foi somente com a utilização pelo direito norte americano que o devido processo legal começou a ganhar a conotação que hoje apresenta no ordenamento jurídico pátrio e de todo o mundo.

Historicamente, o *due process of law*, além de ter aplicação somente à jurisdição era compreendido apenas como um aspecto procedimental.

Seguindo este trilha, os primeiros julgados da Suprema Corte norte-americana onde foi utilizado o devido processo legal, adotaram “um enfoque estritamente processualístico (*procedural due process*), descartando, até mesmo por expresse as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo” (CASTRO, 2005, p. 41/42).

Com o seu desenvolvimento não há dúvidas mais que a *due process of law clause*, deixou de ser compreendida como uma mera garantia do processo judicial, passou a ser aplicada como um mandamento processual em sentido amplo, isto significa dizer que se estendeu a toda forma de intervenção estatal na esfera jurídica privada.

Carlos Roberto Siqueira Castro manifesta-se no seguinte sentido (2005, p. 29 e 412): “Concebida de início, como um requisito de validade da

7 Estatuto de Westminster das Liberdades de Londres

jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração pública”.

Nessa mesma esteira Luciana Andréa Accorsi Berardi (2006, p. 247) expõe:

Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro. Assumiu específica importância na área do poder de polícia, considerado genérica e modernamente como a competência explícita ou implícita dos órgãos estatais para disciplinar o exercício da liberdade individual e a utilização da propriedade em benefício do bem comum, ou seja, de ordenar os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos.

Ainda no mesmo sentido, Paulo Fernandes Silveira (2001, p. 235/236):

A princípio parecia que cuidava, apenas, de meras garantias processuais asseguradas ao acusado, como o julgamento pelo júri e o igual tratamento processual. Mas mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde. Por isso, depois, com precisão conceitual, o princípio do devido processo legal evoluiu como um precioso instrumental, manejável através do Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar de qualquer membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, a cláusula foi estendida e acabou alcançando os departamentos subalternos do governo.

Observando os ensinamentos doutrinários acima expostos, percebemos que no início o devido processo legal era entendido como um instituto meramente procedimental do processo judicial. Em contrapartida, com o seu desenvolvimento é hoje entendido como uma garantia individual, alcançando toda forma de intervenção estatal na esfera jurídica privada, em sentido procedimental e substantivo.

Levando em consideração o objetivo proposto por este capítulo, esta breve elucidação do surgimento e evolução do instituto do devido processo legal se mostra suficiente, de modo que adentraremos a seguir na delimitação conceitual da presente garantia individual.

4.2 Delimitação Conceitual

Com a primeira parte deste capítulo buscou-se trazer uma pré-compreensão do devido processo legal, levando-se em consideração sua origem e evolução histórica. Pois bem, passada essa linha introdutória, buscar-se-á agora, compreender o conceito desta garantia tendo como parâmetro o horizonte legal presente. Para tanto, analisaremos o sentido original dado pelo direito norte-americano.

Pois bem, a inserção do o devido processo legal no texto constitucional confere a ele, indiscutivelmente, força normativa, de modo que se torna de observância obrigatória. Com isso, pretendemos com esse excerto fundar conteúdo e o sentido jurídico do devido processo legal e, segundo, elucidar que a pesquisa tem como base um conceito objetivo do conteúdo e do sentido da norma.

Com efeito, a redação do inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal desponta que o devido processo legal pode ser identificado como uma norma, vez que enraizado em um texto normativo e, como estabelecido na Constituição Federal, pode se afirmar se tratar de uma norma da mais alta hierarquia posto que o principal atributo da Constituição Federal é a sua supremacia, entendida como superioridade hierárquica formal. De tal modo, o devido processo legal é, pois, norma constitucional.

4.2.1 O estatuto constitucional do devido processo legal

Não há como falar sobre o devido processo legal sem o situar como uma norma constitucional. Para confirmar tal afirmação basta olharmos para o texto constitucional:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Busca-se com o destaque dos trechos constitucionais acima, aclarar que a compreensão do significado do devido processo legal preconiza uma visão de conjunto, que embora diga respeito a todo o texto constitucional, envolve particularmente as normas suscitadas.

Primeiramente, devemos entender que a Carta Maior criou um Estado Democrático de Direito que possui como fundamento a dignidade da pessoa humana. Tal afirmação se torna primordial para o estudo de qualquer diretriz exposta em seu bojo, pois toda e qualquer norma inserida no contexto constitucional e legal deve levar em consideração os fundamentos constitucionais primários, sendo um deles a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, o Estado Democrático de Direito nos mostra dois grandes predicados de um Estado Constitucional – o primeiro a limitação do poder

do Estado e sua legitimação como Estado Democrático -, isto nos demonstra que por um lado há um controle e disciplinamento político e, por outro, a necessidade de uma participação popular nas decisões estatais. Isto nos revela que a ideia de que o Estado só pode interferir na esfera jurídica do cidadão quando autorizado por normas legais, razoáveis e mediante a observância de procedimentos que oportunizem sua manifestação (SILVA, 2004, p. 123).

Com efeito, uma pessoa não deve ser tratada pelo poder público como um simples meio para se atingir uma finalidade, mesmo que de interesse público, tampouco como um mero objeto das atividades estatais.

Nesta senda, vem o voto do Min. Cezar Peluso no julgamento pelo Pleno do STF, do MS 24.268/MG, em que se discutia o cancelamento de pensão especial por determinação do TCU, posto que este entendeu ser ilegal a adoção que deu causa ao pensionamento – realizado pelo bisavô da pensionista, na época com 83 anos de idade e portador de câncer, uma semana antes de falecer. A Relatora original, Min. Ellen Gracie, optou por indeferir o pedido mandamental, pois entendeu ser desnecessário o contraditório, tendo inclusive apontado por uma possível ação fraudulenta quando da adoção. Já o Min. Peluso acompanhou o Relator para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, explanando pela exigência do devido processo legal e do contraditório, determinando-se a oitiva da pensionista: “ouvida, porque o fato de não ser ouvida, sob pretexto de suposta aparência de fraude, transforma a pessoa humana em objeto. Em se dispendo sobre ela sem lhe dar a oportunidade de ser ouvida e considerada sujeito” (STF, Tribunal Pleno, MS 24.268/MG, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, DJU de 17.09.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar.>).

Compulsando o excerto jurisprudencial acima, observamos que o Supremo Tribunal Federal vem adotando o entendimento de que o devido processo legal deve ser aplicado em todos os casos, isto porque, os processos estatais, aonde há exercício do poder pelo Estado, se dividem em jurisdicionais e não jurisdicionais, sendo possível encontrar diferenças dentro dos processos jurisdicionais, ainda mais entre estes e os processos não jurisdicionais (Dinamarco, 2004, p. 74/78).

4.2.2 O devido processo legal como norma princípio

Tanto a doutrina como a jurisprudência pátria classifica o devido processo legal como sendo uma norma princípio, sem, contudo, trazer justificativas para essa opção. Com efeito, a própria definição de princípio não é pacífica em nosso direito, entretanto a falta de justificativas para tal aceção impede que a norma consiga atingir seu real significado como princípio.

A opção do legislador em se valer da expressão “devido processo legal” não foi a mais coerente, pois além de induzir o leitor a erro provoca uma compreensão problemática, haja vista que para nós, operadores do direito que tem a lei escrita como base do ordenamento, a falta de conceituação exata de um grandioso instituto, nos leva a um sentimento de dúvida quanto a sua utilização. Muito embora ser imperativa a crítica, a dicção do dispositivo constitucional, bem como o uso generalizado pela doutrina e jurisprudência, nos revela ser fútil insistir nesse ponto agora.

Pois bem, diante de tão frágil redação, cabe ao operador do direito, logicamente, com maior atenção e denodo deixar de lado a literalidade do texto constitucional e retirar, de acordo com sua compreensão, o que de real importância existe na norma. A grande maioria de nossa doutrina defende que ou uma norma é um princípio ou uma regra, sendo que uma coisa exclui a outra. Dessa forma, a indagação que se resta é: o devido processo legal é um princípio ou uma regra?

Antes de se adentrar em tal celeuma forçoso se faz voltarmos os olhos ao primeiro capítulo deste trabalho onde foi exposta a distinção entre princípios e regras.

Pois bem, diante do que foi apresentado é possível que se conceba distinções fraca e forte entre princípios e regras (ÁVILA, 2011, p. 84/91).

Como distinção fraca, temos a alegação do grau de abstração e generalidade da norma como critério para se separar princípios e regras. Pois bem, quem escolhe tal critério distintivo, os princípios possuiriam grau de abstração e de generalidade elevados, permitindo com isso, uma considerável subjetividade do aplicador; em contrário senso temos as regras que teriam reduzido grau de abstração e generalidade, o que limitaria a subjetividade do aplicador (ÁVILA, 2011, p. 85/88).

Em outra cena, temos a distinção forte que defende ser o ponto de cisão entre as normas o modo de solução de antinomias, uma vez que os princípios são aplicados com ponderação, podendo ser concretizados em diferentes graus. Já as regras são aplicadas por subsunção, ou se concretizam ou não (ÁVILA, 2011, p. 88/91).

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1034):

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios [...]. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Assim, os princípios e as regras são espécies diferentes de normas jurídicas, o que leva ao aplicador a responsabilidade de aplica-las de acordo com sua classificação.

Assim, temos que o devido processo legal é um princípio, em razão do seu caráter finalístico e parcial: finalístico, pois exige uma proteção aos direitos fundamentais de liberdade e patrimoniais em sentido amplo, posto que o Estado só pode atingir os direitos do particular se sua ação estiver pautada em um processo previsto em lei; parcial, porque a proteção é erigida de forma genérica, sendo que o conceito de processo devido fica em grande parte dependendo do caso em concreto (CASTRO, 2005, p. 162).

Ademais, afirmar que o devido processo legal é um princípio traz como exigência que ele seja aplicado de forma própria a esta gama normativa. Dessa forma, diante de tudo o que já foi apresentado em capítulo pretérito e neste, podemos dizer que o devido processo legal é um sobreprincípio, posto que estabelece uma relação entre os princípios da ampla defesa e do contraditório, propiciando que cada elemento dessa relação receba um aspecto novo, diferente se tivessem sido analisados individualmente (ÁVILA, 2011, p. 99).

Contudo, em determinadas situações o devido processo legal pode ser aplicado como se regra fosse, pois possui um conteúdo descritivo para fundamentar a invalidação de qualquer ato que possa interferir na liberdade ou patrimônio de uma pessoa sem a devida fundamentação legal. Isto demonstra que uma espécie normativa pode desempenhar mais de uma função.

Desta forma, podemos constatar que o devido processo legal é um sobreprincípio que finca a impossibilidade de ser privado um indivíduo de sua liberdade ou de seus bens sem um processo onde é assegurado aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório, ampla defesa e a presença de um julgador imparcial, devendo a decisão tomada por este, ser fundamentada na legislação regente (ÁVILA, 2011, p. 102).

Nas palavras de Rui Portanova (2008, p. 146):

O princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito. Assim, aplica-se tanto na jurisdição civil e na penal, como também nos procedimentos administrativos. Ademais, engloba a reivindicação de direitos (inclusive de declarar a inconstitucionalidade de lei), a eficaz defesa e a produção de provas. No devido processo legal estão enfaixadas garantias representadas principalmente pelos princípios do contraditório, ampla defesa, duplo grau, publicidade, juiz natural, assistência judiciária gratuita.

Portanto, o devido processo legal tem como uma de suas funções coordenar e delimitar os demais princípios.

4.3 Subprincípios Relacionados

Valendo da premissa acima apresentada, qual seja, de que o devido processo legal trata-se de sobreprincípio que serve como parâmetro e às vezes até mesmo como razão fundante de outros princípios, imperioso se faz destacar quais são tais subprincípios que guardam relação com o devido processo legal.

4.3.1 Presunção de inocência; vedação da produção da prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)

O princípio da presunção de inocência corolário do devido processo legal trata-se também de um princípio constitucional, elencado no rol dos direitos

fundamentais do cidadão, precisamente no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988.

Segundo Cesare Beccaria (2002 – p. 35), a presunção de inocência se funda na ideia de que ninguém pode ser considerado culpado antes que se profira uma sentença definitiva pelo órgão competente. Tal diretriz pressupõe que a sociedade só poderá retirar a proteção pública dada a todo cidadão após a confirmação de que este violou as condições exigidas para esta proteção lhe foi concedida.

Sua aplicação no campo processual guarda subsunção direta com as provas, isto significa que à acusação cabe o encargo de provar a culpabilidade do sujeito, e ao cidadão lhe entrega o direito de que se houverem dúvidas quanto a sua culpabilidade ele não poderá ser condenado. Ou seja, a atividade probatória é dever da acusação, pois qualquer indivíduo acusado da prática de algum delito é de imediato considerado inocente, o acusado tem o direito de não produzir prova contra si. (LOPES JUNIOR, 2005 – p. 184/185).

Em sequência, temos que como o acusado não tem obrigação de produzir provas contra si, o investigado não pode ser obrigado a falar a verdade, tendo em vista que a ocultação ou mesmo a mentira, são meios de exercício do seu direito de defesa. Do mesmo modo, não pode o sujeito ser obrigado a participar de atividade que possa incriminá-lo ou que possa prejudicar sua defesa. E por fim, não menos importante, a obtenção de confissão ou informação que possa prejudicar o investigado não pode ser dar pelo emprego de meio enganoso.

A própria Constituição da República brasileira garante ao acusado o direito de ficar em silêncio, conforme disposto em seu artigo 5º, inciso LXIII. Essa premissa repercute na lei ordinária, no artigo 186 do Código de Processo Penal, que estabelece como direito do réu ficar calado quando do seu interrogatório. Importante se faz destacar que não é apenas o Estado brasileiro que protege o direito do sujeito de não cooperar com a acusação, há importantes declarações supranacionais que também preveem tal direito, como: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque – ratificado pelo Brasil em 06 de julho de 1992 (Decreto n. 592) – que dispõe em seu artigo 14,3,g, que:

ARTIGO 14

[...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Do mesmo modo, dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) - ratificado pelo Brasil em 06 de novembro de 1992 (Decreto n. 678) que em seu artigo 8º, 2, g, declara:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

[...]

Destarte, temos também como consequência o direito do acusado de ficar calado em seu interrogatório, conforme sustenta Rogério Lauria Tucci (2009 – p. 303/304):

[...] essa opção concedida ao preso, ou indiciado, já no início da persecução penal, ou a partir da instauração da *informatio delicti*, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e, por outro lado, o reconhecimento de que aquela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório.

Por fim, temos que o princípio da presunção de inocência garante ao acusado não ser tratado como se condenado fosse até a prolação da sentença definitiva. Como direitos decorrentes de tal obrigação temos como aspecto mais inovador: a vedação a qualquer forma de identificação do suspeito – corolário da

dignidade da pessoa humana -; a privação da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado só é admitida a título cautelar, de acordo com as exigências legais; incumbe à acusação a demonstração efetiva da culpa do acusado, ao passo em que se houver dúvida quanto a sua culpa deverá ele ser absolvido.

4.3.2 Princípio da motivação das decisões judiciais

O devido processo legal subjuga a atividade judicial em motivar suas decisões, sendo que esta pode ser a demonstração, por parte do magistrado, de como ele interpretou os fatos a lei (TUCCI, 2009 – p. 189).

Pois bem, com isto temos que a motivação apresenta a função de garantia política, posto que promove a comunicação entre o judiciário e a sociedade e; garantia processual haja vista ser um requisito formal das decisões (GOMES FILHO, 2001 – p. 81 e 95).

Assim podemos dizer que a motivação proporciona à sociedade observar e compreender o modo como os agentes do Poder Judiciário estão aplicando a lei diante da narrativa fática. Ademais, a motivação nos revela como o julgador agiu em sua decisão, se aplicação do ordenamento jurídico se deu de forma racional, preconizando assim os ditames do Estado Democrático de Direito que vivemos (LOPES JUNIOR, 2005 – p. 257/258).

Neste contexto Aury Lopes Junior (2005 – p. 259) diz que “a motivação serve para o controle de racionalidade da decisão judicial”. Importante ressaltar que “não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição judiciária (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão”.

4.3.3 Princípio da publicidade processual

Em nosso ordenamento jurídico a regra é a publicidade processual plena, ou seja, tanto na fase preliminar quanto na fase processual, a atividade

judicial deve ser uma atividade pública, pois somente através de uma publicidade plena que as partes e à sociedade poderão acompanhar o trâmite processual. Portanto, a publicidade é uma garantia às partes e à população, haja vista que passam a ter a segurança de um procedimento isento de vícios e ainda possuem a chance de formar sua opinião sobre a integridade dos órgãos judiciais (TUCCI, 2009 – p. 175/177).

A publicidade processual tem subsunção constitucional em nosso ordenamento, encontra-se no artigo 93, inciso IX. Ela tenta coibir excessos ou arbitrariedades no desenvolver de uma ação, por isso há uma grande preocupação do nosso ordenamento em proibir processos secretos, proporcionando à sociedade fiscalizar a atividade judicial (FERNANDES, 2005 – p. 72).

A publicidade tem, ainda, a função de legitimar a atuação estatal, como bem elucida Maurício Zanóide de Moraes (2008 – p. 41):

[...] somente quando os cidadãos sabem, por meio da publicidade, “como”, “quando”, “porque” e “por quem” os atos estatais são produzidos, alcançando legitimidade interna e externa, estes passam a ser aceitos e respeitados por todos. Não há quem, na condição de cidadão, aceite atos públicos sendo produzidos de maneira sigilosa.

Assim também explana Rogério Laura Tucci (2009 – p. 176/177)

[...] presenteando-se a publicidade como requisito formal da realização da grande maioria de atos processuais, nem procedimento demarcado em lei, a fim e que sejam prévia e amplamente conhecido, propiciando a participação dos interesses; atende por outro lado, ao reclamo de transparência da Justiça (particularmente Criminal), serviente aos anseios dos integrantes do processo e aos desígnios do bem comum, em que avulta a imprescindibilidade de paz social, mais efetivamente de segurança pública.

Assevera-se que como a Constituição Federal colocou a publicidade processual, seu o artigo 5º inciso LX, a elevou como um direito fundamental, de modo que as hipóteses de mitigação de tal direito somente podem ser definidas pela própria Constituição Federal. Compulsando o texto constitucional vemos que a Carta Política elegeu algumas situações que podem levar a mitigação da privacidade, quais sejam, para proteção da intimidade e do interesse social e público.

Maurício Zanóide de Moraes explana (2008 – p. 42):

Toda e qualquer persecução penal é atividade pública, com inevitáveis instantes de excepcionalidade constitucional de sigilo para alguns atos e em certas circunstâncias. Essa excepcionalidade é que deve, em cada caso concreto, passar pelo crivo da proporcionalidade, com o objetivo de atingir a legitimidade constitucional indispensável a todo ato estatal.

Pois bem, diante deste quadro podemos dizer que existe duas publicidades a externa e a interna.

A publicidade externa diz respeito a terceiros estranhos ao processo e pode ser restrita quando houver interesse de se proteger a intimidade das pessoas envolvidas na ação ou a proficuidade da atividade estatal, sendo que da restrição não resulta nenhum prejuízo para as partes juridicamente interessadas na causa (MORAES, 2008 – p. 43).

Em contrapartida, a publicidade interna diz respeito às partes, seus defensores e os operadores do direito que atuam na persecução penal. Sendo que sua limitação tem como efeito imediato uma desigualdade na persecução, a restrição só atinge uma das partes da persecução, qual seja o investigado/acusado, permanecendo irrestrita a publicidade interna para os demais. De forma reflexa, a limitação da publicidade interna restringe diversos direitos fundamentais do cidadão, tais como a autodefesa, a defesa técnica, o exercício do contraditório pleno e eficaz, entre outros (MORAES, 2008 – p. 43).

Entretanto assevera Maurício Zanóide de Moraes que (2008 – p. 43):

[...] não se deve defender, com isso, que a publicidade interna nunca deva ser restringida, e é exatamente neste ponto que se insere a importância do princípio da proporcionalidade. É por esse crivo que devem passar os atos limitadores de direitos ou garantias do cidadão para que sejam constitucionalmente legítimos e dessa maneira se exerçam.

Assim temos que, o postulado normativo da proporcionalidade é de vital importância quando falamos da publicidade, no caso processual, pois como acima exposto sua limitação gera conflito entre vários princípios, sendo, através da proporcionalidade que descobriremos qual princípio deva se sobressair e, ainda, quais atos possam ser praticados sem que se ofendam os demais excessivamente.

4.3.4 Vedação da prova ilícita

Para se afirmar que as provas ilícitas não são admitidas em nosso ordenamento, faz-se necessário fazermos algumas considerações preliminares, quais sejam: o conceito e diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas, as correntes doutrinárias que apontam pela possibilidade e impossibilidade de admissibilidade das provas ilícitas, decisões jurisprudências, bem como a teoria dos frutos da árvore envenenada, a aplicação da razoabilidade/proporcionalidade e por fim as hipóteses que o direito pátrio vem admitindo a utilização de tais provas.

Pois bem, antes da promulgação da Constituição da República em 1988, não havia no ordenamento jurídico brasileiro norma que proibia expressamente a utilização da prova ilícita. Com isto, existiam duas correntes de pensamento a esse respeito, sendo que a prevalecia defendia a possibilidade de se utilizar tal prova, sobremaneira no direito de família. Para os doutrinadores desta corrente, a busca da verdade real era suprema, porco importando os meios utilizados para sua obtenção. Portanto, se porventura houvesse em conflito o direito à intimidade e o direito à prova – ilícita -, a intimidade sucumbiria, posto que a verdade era bem superior (AVOLIO, 2003, p. 73).

Com a Carta Política de 1988, o cenário modificou-se, pareceu estar consolidado, haja vista que o artigo 5º, inciso LVI, proibia expressamente a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, pois seriam produzidas mediante ofensa a direitos fundamentais.

Entretanto, com o desenvolvimento do instituto pelo direito moderno, grande preocupação pairou os operadores do direito, pois como a vida privada, intimidade e honra, tornaram-se vulneráveis, coube ao legislador uma maior cautela para não permitir violações desnecessárias e desproporcionais na vida das pessoas (FERNANDES, 2005, 83/84).

Todavia, atingir um ponto de equilíbrio não é tarefa fácil. De um lado o Estado tem o dever de dirimir os conflitos e coibir a prática de ilícitos e de outro tem que garantir aos cidadãos a inviolabilidade da intimidade e imagem – via de regra -, não permitindo abusos nos casos de exceção (FERNANDES, 2005, 83/84).

Dentro desse quadro fático, para se obter uma compreensão panorâmica sobre a questão temos que ilustrar as formas de se diferenciar as

modalidade pelas as quais uma prova pode ser classificada como ilícita. Pois bem, a diferença entre uma e outra é o meio pelo qual foram produzidas ou o bem jurídico violado.

Edilson Mougenot Bonfim expõe (2007, p. 296):

O Código de Processo Penal não esclarece taxativamente, como outrora já ocorreu, os meios de prova admissíveis. Os meios de prova explicitamente regulados no Código são apenas aqueles cuja utilização é mais frequente. Os únicos fatos acerca dos quais o meio de prova é prescrito pela lei são aqueles decorrentes do estado das pessoas, em relação aos quais o art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil. Dessarte, por exemplo, a menoridade do réu deverá ser provada por documento hábil (Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça).

Ainda sobre a temática, Fernando Capez assevera (2005, p. 278): “Prova vedada ou proibida é, portanto, aquela produzida por meios ilícitos, ou seja, em contrariedade a uma norma legal específica. A prova vedada comporta duas espécies distintas: (a) prova ilegítima e (b) prova ilícita”.

4.3.4.1 Prova ilícita e ilegítima

A diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas é simples. A primeira trata-se daquela prova produzida com violação de direito material, ao passo que a segunda com violação de direito processual.

Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha nos revela a origem etimológica do termo ilícito (2006, p. 53):

Tem sua origem etimológica do latim *illicitus* (*il + licitus*), tendo dois sentidos: um, restrito, significando o que é proibido ou vedado por lei, e outro, amplo e genérico, indicando o que é contrário a moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito.

Desta forma, a diretriz exposta no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Política, se coaduna com o enunciado acima. A prova ilícita, em sentido estrito, é aquela que para sua produção foi necessário uma ofensa a normas constitucionais

ou legais e, conseqüentemente, a direitos personalidade, intimidade e liberdades públicas.

Assim, prova ilícita fere direito material, ou seja, ela afronta um direito tutelado, independentemente do processo.

Nas palavras de Fernando Capez (2005, p. 263):

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

Grinover, Scarance e Magalhães asseveram que (2006, p. 148/149):

A questão da denominada “prova ilícita” ubica-se, juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação. A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada.

No que concerne as provas ilícitas, ainda temos que ressaltar o disposto no artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, - Pacto de São José da Costa Rica -, que hoje é parte de nosso ordenamento:

Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Os Tribunais pátrios vêm decidindo de forma dominante que a prova ilícita só vai gerar nulidade no processo quando a condenação ou acusação tiver como base apenas ela ou provas que dela se originaram – prova ilícita por derivação.

Sobre este preceito, Grinover, Scarance e Magalhães (2006, p. 152) esclarecem: “chegou-se a convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve

ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade”.

No que concerne a prova ilegítima, como esta é produzida com infringência de normas de direito processual, diz-se que ela viola interesses do processo e de sua finalidade (AVOLIO, 2003, p. 43).

Como ilustrativo clássico desse tipo de prova, temos o caso de pessoas que em razão de sua função ou profissão devem guardar sigilo – padres, advogados, psicólogos. Caso seja colhido o depoimento dessas pessoas a prova será considerada nula, desde que tenham tomado conhecimento do fato em razão de sua função ou ofício (AVOLIO, 2003, p. 43).

Desse modo, pode ser afirmado que a prova ilegítima ofende o devido processo legal formal.

Assevera-se, portanto, que tanto as provas ilícitas quanto as provas ilegítimas são espécies de provas ilegais, sendo que sua distinção recai apenas pelo modo como são produzidas ou mesmo por sua natureza.

Quanto a essa distinção, Alexandre de Moraes (2007, p. 990):

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Seguindo este pensamento temos a doutrina de Grinover, Scarance e Magalhães (2006, p. 149):

A prova é ilegal toda a vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Ainda como forma de diferenciá-las, podemos analisar o momento da transgressão: a ilegalidade da prova ilegítima ocorre quando da sua produção no processo; já a prova ilícita a ilegalidade surge quando da sua colheita, anterior concomitante ao processo.

Assevera Luiz Francisco Torquato Avólio (2003, p. 43):

É possível distinguir perfeitamente as provas ilícitas das ilegítimas. Pois, a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual e, como sanção para seu descumprimento, encontra-se previsto na própria lei processual, que pode ser uma sanção de nulidade; diversamente da prova ilícita, ou ilicitamente obtida, cuja colheita afronta normas e princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, pois sempre se prende à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana, como também de direito penal, civil administrativo. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias.

Adverte Edínson Mougenot Bonfim (2007, p. 297):

Caso já se encontrem nos autos, deve o julgador determinar seu desentranhamento, ou seja, sua retirada dos autos, de modo a evitar que essas provas, ainda que racionalmente desconsideradas pelo julgador, acabem por exercer influência na formação de seu convencimento. A sentença que se fundar em prova ilícita será nula.

Salienta Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 257): “Já se tem decidido que, considerada ilícita, a prova deve ser desentranhada dos autos. Mas não se tem decretado a nulidade do processo em que há prova ilícita, se há nos autos outras provas que levaram a condenação”.

O nosso Pretório Excelso já se pronunciou sobre o tema, conforme excerto abaixo:

Habeas corpus. Constitucional. Penal e processual penal. Sentença condenatória fundada em provas ilícitas. Inocorrência da aplicação da teoria dos “frutos da árvore envenenada”. Provas autônomas. Desnecessidade de desentranhamento da prova ilícita. 1. A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença. 2. Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência [...] Habeas corpus denegado e liminar cassada (HC. 89032. Relator: Ministro Menezes Direito. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726991/habeas-corpus-hc-89032-sp-stf>).

Seguindo, entende ainda o Supremo Tribunal Federal:

Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios

apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas Corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra paciente, baseada em elemento de prova ilícita (HC 80948/ES. Relator Ministro Néri da Silveira. Órgão Julgador: Segunda Turma Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726991/habeas-corpus-hc-80948-sp-stf>).

Entretanto, a proibição das provas ilícitas não é algo absoluto, haja a vista a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade.

4.3.4.2 Admissibilidade da prova ilícita

Pois bem, em que pese conforme afirmamos acima ser a prova ilícita ou ilegítima uma afronta ao ordenamento jurídico brasileiro, posto que ferem normas preceitos constitucionais e legais e conseqüentemente o devido processo legal, admite-se hoje no Brasil, em casos excepcionais, a sua utilização desde que pautada pelo postulado normativo da proporcionalidade.

Com efeito, a doutrina encontra-se em pleno debate a respeito da utilização das provas ilícitas quando para favorecer o acusado. Torna-se claro que neste caso temos um confronto entre normas constitucionais – princípio da proibição da prova ilícita e os princípios da ampla defesa e da liberdade – todos decorrentes do subprincípio do devido processo legal. Deste modo podemos considerar que a análise da utilização de tais provas pressupõe um exame onde o foco é o devido processo legal.

Neste sentido, Luiz Francisco Torquato Avólio leciona (2003, p. 67):

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do “favor rei” é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.

Deste modo temos que, no duelo entre os valores proposto pela teoria da proporcionalidade, o direito à prova da inocência deve prevalecer, não apenas

porque a liberdade é um pressuposto da dignidade da pessoa humana, mas porque se o contrário fosse poderíamos estar deixando impune o verdadeiro culpado (GOMES FILHO, 1997, p. 104/105).

Assim temos que, a utilização das provas ilícitas em benefício do réu se baseia na ideia de que tendo quando a liberdade estiver sendo ameaçada por futura sentença injusta, pode o sujeito passivo da ameaça se valer delas, posto que amparado por causa excludente de antijuridicidade. É este ideal que permite ao réu praticar até mesmo crimes para a obtenção de provas que comprovem sua inocência, sendo que os crimes por ele cometidos para angariar tais provas não serão punidos, posto que trata-se de exercício do seu direito de liberdade.

Neste caso, qual seja da utilização da prova ilícita temos que o devido processo legal é interpretado no sentido de proporcionar um processo justo, onde um indivíduo só é punido quando houver certeza nos autos sobre sua culpa.

Fernando Capez explana que (2005, p. 280/281):

Se, por um lado, a constituição garante a proteção da intimidade, e o sigilo das comunicações, por outro assegura também o direito do acusado ao devido processo legal e à ampla defesa. [...] Entre aceitar uma prova vedada, a qual se apresenta como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem qualquer responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

No mesmo trilho se manifesta Ada Pellegrini Grinover (1997, p. 116):

Predominante é o entendimento na doutrina que possível é a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, que quando produzida pelo próprio interessado (como gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, por exemplo), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.

Portanto, vemos que a inadmissibilidade das provas ilícitas é afastada para assegurar o cumprimento do devido processo legal, posto que a hipótese de se punir sujeito inocente para se cumprir uma regra é indigesta.

4.3.5 Julgamento Imparcial

É cediço que a função de um juiz enquanto ente estatal é a hermenêutica jurídica. Por assim, a atividade do juiz tem caráter público, posto que ele é um agente estatal. O Professor Eduardo de Albuquerque Parente assevera que a atuação do juiz deve ser muito mais ampla do que a satisfação das partes observando que “a natureza de função pública no exercício desse poder deve caracterizar o produto comum todo” (2006, p. 20).

Dessa forma temos que, tem o juiz obrigação funcional de decidir, sendo que tal fato é possível em razão de sua interpretação das normas, bem como sua convicção judicial. Assim, mesmo diante de uma omissão, obscuridade ou ambiguidade da lei, cabe ao julgador propiciar a pacificação social resolvendo os conflitos que lhe são apresentados.

Ainda o mesmo doutrinador assevera que é de suma importância o estudo do processo, haja vista que (2006, p. 25):

- a) Primeiro, pela falha (quando não omissão) legislativa, cada vez mais o juiz se vê diante de termos imprecisos, ambíguos ou contraditórios;
- b) Segundo, por ação legislativa, não podem mais esperar descrições pormenorizadas na lei, sendo a tendência o legislador indicar genericamente o conceito (ainda que valorativo, como boa-fé e deixar ao aplicador preencher a abertura da norma.

Principalmente no segundo caso, essa abstração potencializada da lei torna muito mais complexa a interpretação e ampla (perigosa) a aplicação. Essa nova realidade cala quem ainda defende a total adstrição do juiz à lei.

Assim, tendo em vista a amplitude do poder concedido ao juiz – competência -, sua interpretação não é totalmente livre, ou seja, há “necessidade de mecanismos de compreensão voltados a fechar as aberturas legais e assegurar o mínimo de previsibilidade” das suas interpretações (PARENTE, 2006, p. 25).

Pois bem, um dos princípios que se aplicam ao processo de forma geral é a imparcialidade do juiz, sendo que o seu desrespeito gera a nulidade do processo.

Tal princípio deve ser analisado sob enfoque subjetivo, ou seja, deve-se observar se o juiz possui alguma intenção pessoal – direta ou indireta – sobre o processo.

Assim temos que, uma vez reconhecida a parcialidade do julgador quanto um processo, sua presença deve ser imediatamente suprimida. Tem-se como obrigação de qualquer magistrado, quando ciente de sua parcialidade se declarar impedido ou suspeito. É neste patamar que se encontra os ensinamentos de Nelson Nery Junior (2007, p. 396):

A imparcialidade do juiz é atributo necessário para que possa julgar, sendo manifestação do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (CF, 1º caput) e um dos elementos integradores do princípio constitucional do juiz natural (CF, 5º, XXXVII e LII). Daí a razão pela qual o juiz tem de ser imparcial, independente da natureza do processo ou procedimento que var ser por ele decido.

Todavia, mesmo sendo a imparcialidade do juiz de natureza subjetiva, os motivos que a impedem são objetivos, estando descritos nos artigos 252, 253 e 254 do Código de Processo Penal:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos júzos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Portanto, podemos observar que ambos os motivos exposto promovem o afastamento do juiz do processo, pois o legislador considerou que o magistrado, mesmo que inconscientemente, agirá de forma subjetiva no julgamento do processo.

Ao final temos que, através desse princípio o que se busca é um julgamento justo – observando o devido processo legal -, de acordo com os ditames de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, o magistrado deve se pautar apenas nas provas apresentadas, sendo sua interpretação e julgamento isentos de parcialidade

5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como bem demonstrado nos tópicos acima, tanto a liberdade de expressão como o devido processo legal se tratam de garantias fundamentais de todo cidadão, tendo cada uma o devido escopo constitucional.

A liberdade, até mesmo pelo seu contexto histórico, adquiriu um conteúdo amplo que muitas vezes pode ser moldado de acordo com os interesses de quem a interpreta.

O que devemos observar é que o limite de uma liberdade é quando esta começa a violar outras liberdades. Ou seja, ao perturbar o equilíbrio social, invadindo direitos alheios, ela vai se tornando excessiva e até mesmo antijurídica.

Existem várias teorias acerca da influência da mídia na sociedade. A Teoria Hipodérmica que acredita que a informação atravessa à massas populares indistintas, como uma agulha atravessa a pele e as influencia sem que haja barreiras ou escudos. (ABDO, Helena, 2011, p.75)

A Teoria do Two Step Flow acredita que existiam etapas para a influência dos meios de comunicação, sendo que primeiramente a mídia iria influenciar pessoas “formadoras de opinião” e a opinião formada por estes iria influenciar o restante da sociedade. (ABDO, Helena, 2011, p. 77) Já a Teoria Empírico Experimental acredita que o indivíduo cria barreiras psicológicas frente ao recebimento de estímulos, sendo que é mais propenso a receber informações que tenham mais contato e que mais os agradem.

Uma teoria de certo destaque foi a Teoria da Espiral do Silêncio que diz que as pessoas, por temerem o isolamento social, buscavam sempre ter opiniões que não fossem censuradas pela sociedade, e conseqüentemente, em conformidade com a opinião prevalente, sendo a mídia um ponto de referência da opinião prevalente. (ABDO, Helena, 2011, p.78)

Por fim, dentre outras teorias temos a mais atual, a Teoria do Agendamento, que acredita que a mídia conduz a sociedade a pensar sobre assuntos específicos, sem influencia-los diretamente, colocando determinado tópico em destaque e por assim o fazer tais tópicos adquirem importância no âmbito

coletivo e acabam construindo o cenário da opinião pública de determinado momento. (ABDO, Helena, 2011, p.79)

Neste último capítulo o que se busca é demonstrar são situações onde a atuação de forma deliberada e inconsequente da mídia, que se usando da premissa da liberdade de imprensa, coloca em destaque determinado crime e seu trâmite processual e acabam por prejudicar um dos direitos mais consagrados de um estado democrático , o devido processo legal.

5.1 Análise de Casos Concretos

A publicidade exacerbada e irresponsável da mídia não é um fenômeno imperceptível, ela pode trazer prejuízos a direitos fundamentais como o devido processo legal e a presunção de inocência, causando dano irreparável àquele que for seu alvo. Tanto é assim que no anteprojeto do Código Penal existia a previsão de um artigo que trazia uma sanção penal à pratica de publicidade opressiva. Em seu artigo 349 estava prevista punição para os meios de comunicação que buscassem prejudicar andamento do processo causando constrangimento as suas partes. (ROMANHOL, Fernanda. 2010, p.25)

Contudo, tal artigo foi retirado do anteprojeto pelo Ministro de Justiça, Renan Calheiros, que acreditou que tal artigo seria uma salvaguarda para volta da prática da censura. (ROMANHOL, Fernanda. 2010, p. 26)

A publicidade processual é um desmembramento do direito ao devido processo legal e esta prevista explicitamente nos artigos 5º, inciso LX e 37 da Constituição Federal.

Ela ao mesmo tempo serve como uma forma de proteção a qualquer parte envolvida no processo como também uma forma de fiscalizar a atuação do Estado, podendo se manifestar diretamente, quando o povo presencia o ato processual, como também indiretamente, através da atuação dos meios de comunicação.

De acordo com Helena Abdo (2011, p. 83):

Das pesquisas realizadas, foi possível identificar nas obras disponíveis- ainda que sem qualquer sistematização- três formas básicas pelas quais a

publicidade mediata é exercida: o relato sobre a prática e/ ou o conteúdos dos atos processuais (“crônica” judiciária), o acompanhamento das diligências (conhecido pela expressão “ride along” ou “media ride along”) e a transmissão audiovisual de audiências e sessões de julgamento.

Ou seja, a publicidade realizada de forma sensata, respeitando os direitos fundamentais do investigado e o andamento natural do processo penal tem um caráter muito positivo, como falado anteriormente, ela permite que se efetive o princípio e garantia da publicidade dos atos processuais.

Porém, veremos alguns casos onde a pressão midiática, na busca da audiência, de causar furor social, acabou prejudicando o desenvolvimento e concretização do direito.

5.1.1 A criação da lei de crimes hediondos

Como se sabe a finalidade da criação das leis inicialmente foi de limitar a atividade persecutória do Estado. Ou seja, no processo da elaboração das leis que estabelecem uma sanção determinada à prática de uma conduta, também determinada, se limita até onde o Estado pode atuar dentro da esfera individual de cada indivíduo, sendo uma forma de garantia constitucional.

Por ser uma garantia, a criação de uma lei que tipifica determinado crime deve ser um processo estudado de forma aprofundada e ampla, pois estaremos autorizando a persecução estatal até aquele determinado ponto.

Nas palavras de Simone Schreiber (2008, p. 153):

A atividade de elaboração de leis e de interpretação e aplicação legislativa em matéria de direito processual penal é essencialmente contramajoritária. Trata-se de assegurar o respeito a direitos fundamentais de pessoas investigadas e acusadas da prática de crimes em um ambiente desfavorável provocado pela própria reação da coletividade à ocorrência do evento criminoso.

Contudo, a grande divulgação de fatos sobre determinados crimes pela mídia acabam ocasionando uma insatisfação e insegurança popular que acabam pressionando os legisladores na elaboração de leis de forma abrupta, instantânea, sem levar em consideração as consequências causadas aos direitos e garantias

fundamentais protegidos constitucionalmente na ilusão de estarem solucionando problemas de caráter estrutural.

Isso de fato ocorreu no caso de elaboração da Lei de Crimes Hediondos, que foi um retrato do movimento da Lei e Ordem, criado nos Estados Unidos na década de 70.

Para acalmar o clamor social frente uma crise financeira que deu origem a grandes ondas de violência foi criada uma política de Direito Penal Máximo, onde toda infração cometida não poderia ser tolerada e deveria ser punida.

Conforme Rogério Greco (2011, pp.9-10)

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados.

A lei 8072/90 foi elaborada sob o pretexto de diminuir o crime organizado que estava enaltecido de forma exagerada e até mesmo desconexa pelos meios de comunicação em razão do sequestro de Abílio Diniz. Em razão da grande pressão popular, a referida lei regulamentou o que previa o artigo 5º XLIII da Constituição Federal. A referida lei violou gravemente garantias constitucionais, como por exemplo, vedou a concessão de liberdade provisória, cuja proibição não esta prevista na Constituição Federal.

Vedou também na época a progressão de regime, a concessão de fiança, graça, anistia ou indulto para os crimes hediondos, entre eles o crime de extorsão mediante sequestro.

Outrossim, resultando de uma grande incitação popular feita pela mídia, em 1994 em razão do assassinato de Daniela Perez, que era pessoa pública, foi incluído como crime hediondo o homicídio qualificado cuja proposta adveio através da lei 8.930 de 1994.

A elaboração da referida lei, bem como as suas alterações foram criadas apenas para trazer ao povo um sentimento de apaziguamento da suposta situação de insegurança e violência veiculada pelos meios de comunicação.

Sua criação foi totalmente contrária ao princípio de intervenção mínima do estado em matéria de Direito Penal e buscou mascarar com um sistema penal mais rígido outras mazelas sociais como a pobreza e o desemprego, não trazendo nenhuma solução prática, mas apenas ficta.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, coração do Direito Penal Mínimo, a sua primeira missão é a de orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais. Todo raciocínio correspondente ao princípio da intervenção mínima girará em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como da natureza subsidiária do Direito Penal. O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer, o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito sua proteção, não haverá necessidade de intervenção drástica do Direito Penal. (GRECO, Rogério. 2011, pp. 30-31)

A criação de leis que buscam aumentar o caráter punitivo de determinada conduta não se resume somente a Lei de Crimes Hediondos. O legislador sempre que se vê alvo de críticas da sociedade que clama por justiça em razão da exploração de certo fato pela mídia, cria leis “a pronta entrega” com intuito de trazer pacificação social, como foi o caso da Lei de Tortura, Lei 9.455/1997, que surgiu logo após várias pessoas serem torturadas, extorquidas e até mortas por militares em Diadema na Favela Naval. (COLLI, Maciel, 2012, s.p)

Ou ainda no caso que uma marca de remédios distribuiu pilulas de farinha em vez de anticoncepcionais levando a gravidez várias mulheres, o que levou a inclusão do inciso VII-B na Lei de Crimes Hediondos e também a criação da lei 9695/1998.

Logo, é notório que a mídia atua quase como uma legisladora em matéria de direito penal, cabendo ao Judiciário ao exercer seu papel contramajoritário não tolerar a mitigação de direitos fundamentais

5.1.2 O caso da Escola Base

Um dos casos que mais é evidente a influencia e os prejuízos da publicidade opressiva no devido processo legal foi o caso da Escola Base.

No referido caso, quatro diretores da escola primária Escola de Educação Infantil Base, no bairro da Aclimação, foram acusados de abusar sexualmente de seus alunos.

Tudo aconteceu em 1994, quando duas crianças relataram a suas mães que elas eram levadas a casa de outro aluno e lá sofriam abuso sexual, eram fotografados e filmados nus e viam filmes de teor pornográfico.

Foi feita busca e apreensão no apartamento onde as crianças eram supostamente levadas e nada foi encontrado, da mesma forma se procedeu na escola onde o resultado foi o mesmo.

Porém, houve a divulgação de um telex do laudo médico inconclusivo onde supostamente uma das crianças foi vítima de ato libidinoso, e após o delegado, de forma prematura e insensata contrariando totalmente o caráter sigiloso do inquérito policial, confirmar o abuso sexual dos alunos para os meios de comunicação toda a mídia ficou em polvorosa.

Os diretores foram acusados pela mídia que comprou a história sem antes verificar qualquer embasamento fático. A escola que os sócios tinham comprado com suas economias foi destruída, os investigados foram quase linchados pelas população.

Segundo Estela Cristina Bonjardim (2002, p. 107)

As emissoras de televisão foram as que mais exploraram o sofrimento das mães das vítimas. Os jornais impressos também já haviam comprado a versão das vítimas. As reportagens omitiam as diligências de busca e apreensão realizadas de surpresa- que nada haviam encontrado – e não questionavam o fato dos acusados ainda não terem sido formalmente inquiridos. A constante disponibilidade dos repórteres acabou encorajando os pais a imaginarem e trazerem ao Distrito novas suspeitas e denúncias, por mais absurdas que parecessem. Os jornais aceitavam publicar qualquer denúncia, mesmo de pessoas não identificadas. O que estava presente era a compulsão por denunciar, prática também chamada de denunciismo.

O cúmulo do referido caso foi que, sem qualquer indício de materialidade ou autoria foi decretada a prisão cautelar dos investigados, que mais tarde foram inocentados com o arquivamento do inquérito policial.

Os meios de comunicação buscaram em vão reparar os danos que causaram, porém já era tarde, os quatro sócios ficaram com o estigma de tudo o que já havia sido divulgado anteriormente.

Exemplifica o professor Damásio de Jesus (2009, p.706)

Suponha-se que um sujeito lance ao vento as penas de um travesseiro do alto de um edifício e determine a centenas de pessoas que as recolham. Jamais será possível recolher todas. O mesmo acontece com a calúnia e a difamação. Por mais cabal que seja a retratação, nunca poderá alcançar todas as pessoas que tomaram conhecimento da imputação ofensiva.

Como se vê, muito embora a mídia tenha tentado restaurar a antiga imagem desses cidadãos é impossível dizer que todas as pessoas a quem os fatos foram veiculados tenham acompanhado o encaminhamento do referido caso até o final onde os investigados foram declarados inocentes.

O estigma a que a imagem deles ficou vinculada e os prejuízos causados em sua vida social e profissional perduram até hoje. Em caráter informativo, somente no ano de 2002 que foi estipulado por maioria pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido em sede de Recurso Especial nº 351.779 - SP (2001/0112777-9) a responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelo delegado de polícia e o quanto que cada um dos proprietários da Escola receberia de indenização frente ao Estado de São Paulo pelos danos a eles causados. Segue ementa da referida decisão:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORA. ATO PRATICADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. DIVULGAÇÃO TEMERÁRIA DA PRÁTICA DE ABUSO SEXUAL CONTRA ALUNOS DA ESCOLA DE BASE. NOTÍCIA POSTERIORMENTE DESMENTIDA. AUMENTO DO VALOR FICADO PELA CORTE DE ORIGEM. POSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (REsp - Nº 351.779 - SP (2001/0112777-9), Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão julgador: Segunda Turma do STJ, Julgamento: 19 de novembro de 2002)

Ainda, uma das professoras da Escola, Paula Mihim que também foi acusada na época ainda luta para receber referida indenização, tendo em vista que seu direito somente não prescreveu em razão do decreto 44.536 de 1999 expedido por Mário Covas. Este decreto autorizou o pagamento de indenização as vítimas da Escola Base pelos atos cometidos pelo Estado e que interrompeu a prescrição da pretensão da vítima.

5.1.3 Caso da Isabella Nardoni.

Um caso recente que merece destaque é o da morte de Isabella Nardoni. Isabella tinha 5 anos de idade e em 2008 foi passar um final de semana com o pai Alexandre Nardoni e sua madrasta Ana Carolina Jatobá. A morte de Isabella ganhou notoriedade devido ao modo como ela ocorreu tendo em vista a criança faleceu devido ao fato de ter sido jogada do 6º andar do prédio onde residia seu pai.

Desde a ocorrência do fato todos os meios de comunicação se mobilizaram e acompanharam detalhadamente cada trâmite do processo desde o inquérito, a perícia, a denúncia dos acusados pelo crime de homicídio triplamente qualificado como também pelo crime de fraude processual, até o julgamento, ocorrido em março de 2010. O modo como o fato foi veiculado, onde foram exploradas quaisquer tipos de nuances, causou grande comoção nacional. Tanto foi assim que dois anos após a morte de Isabella, durante todos os dias o fórum de Contagem ficou extremamente movimentado, com uma série de pessoas que clamavam pela condenação dos acusados com cartazes, fazendo pichações, inclusive ameaçando o advogado de Alexandre Nardoni e Ana Carolina Jatobá, conforme o relato do site de notícias G1, autor desconhecido, (2010,s.p):

Enquanto a leitura da sentença era feita pelo juiz, Nardoni, de 31 anos, e Anna Jatobá, de 26 anos (coincidentemente o mesmo tempo de sentença dado a cada um dos réus), esboçaram pouca reação e choraram de forma discreta. Do lado de fora do fórum, quase três minutos de explosões de fogos de artifícios se seguiram.

Quase dois anos se passaram até a semana do julgamento, período em que Nardoni e Jatobá sempre negaram a autoria do crime.

O casal saiu do Fórum de Santana, na Zona Norte de São Paulo, direto para o presídio de Tremembé (veja no vídeo acima). Na saída de Nardoni e Jatobá em direção ao presídio, a polícia no local chegou a usar gás de pimenta para afastar a aglomeração que tentou atacar o camburão. (...)

As manifestações na frente do fórum também marcaram a segunda-feira. Amigos e vizinhos de Ana Carolina fizeram vigília. Pichações foram feitas no muro.

Antes mesmo do início do júri, o advogado Antonio Nardoni, pai de Alexandre Nardoni e sogro de Anna Carolina Jatobá, disse que estava próximo de ocorrer o 3º caso de maior injustiça da história do país.

Como descrito pelo site de notícias G1 a situação na qual os acusados foram submetidos a julgamento foi de total comoção nacional. Toda a população

brasileira acompanhou o caso durante dois anos e ao submetê-los a um julgamento pelo tribunal do júri era evidente que não seria um julgamento feito tão somente com base nas provas e depoimentos trazidos durante o processo.

As pessoas que compuseram referido júri, antes mesmo que soubessem que seriam juradas certamente já haviam sido bombardeadas com uma série de notícias, entrevistas e informações que eventualmente podem ter levado a um pré-julgamento. Tal situação viola totalmente a garantia que os jurados devem ser imparciais e conseqüentemente ao princípio do juiz imparcial.

Supondo ainda que isso não tivesse ocorrido, muitos poderiam sentir-se compelidos a decidir pela condenação devido a grande quantidade de pessoas e veículos de comunicação que circundavam o Fórum clamando por justiça. É evidente que a publicidade exacerbada que levou aquela situação de comoção e instabilidade da população acabam por comprometer uma das principais garantias que permeiam o acusado no tribunal do júri, a da plenitude de defesa, prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal.

Explicando, Simone Schreiber (2008, p. 222):

Sem dúvida, o modelo brasileiro veda o debate da causa pelos jurados, instituindo um órgão judiciário colegiado *sui generis*, no qual cada um forma sua convicção solitariamente e abre-se mão das vantagens óbvias do amadurecimento das questões apreciadas através do diálogo. Mas a incomunicabilidade não se restringe à proibição de conversas entre jurados. Ela deve ser interpretada como vedação de que o jurado possa interagir com o mundo exterior no curso do julgamento, seja através de telefonemas, ou de acesso às notícias veiculadas pela mídia impressa ou eletrônica a respeito do caso.

No Código de Processo Penal existe a previsão excepcional do desaforamento do júri, no qual ocorre um deslocamento da competência originária para outra comarca nas situações previstas no artigo 427 do Código de Processo Penal. Tais situações buscam eliminar a existência de algum vício que possa comprometer a imparcialidade do julgamento.

No entanto, num caso veiculado em proporções nacionais como o presente o desaforamento não terá a eficácia a qual foi designado.

Pertinentes as considerações de Vladimir Aras (s.d, p.5):

Contudo, num caso como o de Isabella Nardoni dificilmente o desaforamento resolveria o problema do viés condenatório do tribunal, evitando a formação de um júri viciado. As reportagens publicadas ao longo

de dois anos pela imprensa foram massacrantes. A difusão massiva de dados do processo foi proporcional ao mal causado à inocente menina. Seria muito difícil encontrar em qualquer comarca do Estado de São Paulo, mesmo a mais longínqua, um ambiente razoavelmente “neutro”, no qual pudessem ser selecionados sete jurados para julgar acausa com verdadeira isenção de ânimo, ou sem ideias preconcebidas.

Ainda que o desaforamento fosse a medida mais acertada em casos de grande publicidade de fatos criminoso submetidos ao julgamento pelo júri, a jurisprudência majoritária tem considerado que o clamor público em razão da divulgação de notícias a respeito de determinado crime não ensejam por si só o desaforamento.

Nesse sentido a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. JÚRI. DESAFORAMENTO. MEDIDA DE EXCEÇÃO. OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS NÃO-DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. I. O desaforamento é excepcionalíssimo e só é admitido quando demonstrado objetiva e concretamente, a ocorrência das hipóteses previstas no art. 424 do CPP, não bastando, para tanto meras conjecturas ou alegações que não sejam baseadas em fatos concretos. II. A opinião desfavorável da imprensa acerca dos fatos e a presença de político como assistente de acusação não justificam a medida. III. Ordem denegada. (HC 11628 / SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Julgamento 19/09/2000, Publicado em DJ 23/10/2000 p. 151)

A exploração de determinado crime pela mídia, em especial em crimes cuja competência seja do Tribunal do Juri, podem acarretar num comprometimento da imparcialidade dos jurados e conseqüentemente na plenitude de defesa do acusado. Sendo um crime cuja divulgação toma uma dimensão nacional não seria possível que um pré-julgamento dos jurados acerca dos fatos seja sanado pelo desaforamento.

Importante a discussão em tela, pois comumente é eleito pela mídia algum caso cuja competência seja do tribunal do Júri que adquire repercussão em todo o país, como o caso do julgamento de Suzane Von Richthofen que junto com seu namorado e cunhado Daniel e Cristian Cravinhos de Paula e Silva foram condenados pela morte de Manfred e Marísia Von Richthofen, pais de Suzane. Ou ainda nos três julgamentos a que foi submetido Francisco de Assis Pereira, conhecido publicamente como “Maníaco do Parque”, acusado de matar sete mulheres e estuprar outras nove.

É necessário salientar que não se busca alegar a inocência de nenhum dos personagens acima citados, contudo, o que se busca é salientar a necessidade

de um julgamento justo, baseado necessariamente pelas provas apresentadas no processo, sem que haja a influência de notícias que por vezes não transmitem de forma objetiva a realidade, mas sim que buscam explorar e lucrar veiculando fatos que podem levar à um julgamento midiático.

5.1.4 Caso de Daniele Toledo de Prado

Em 2006 foi veiculada massivamente pela mídia o caso do “monstro da mamadeira”, caso no qual houve a substituição do princípio da presunção de inocência pela presunção da culpa. Daniele Toledo de Prado, mãe de Vitória Maria, na época com pouco mais que um ano de idade, em setembro do ano supra, foi até o Hospital Universitário tendo em vista que sua filha, uma criança muito frágil e com um histórico de internações por ter nascido prematura, estava tendo convulsões. Lá Daniele alegou ter sido estuprada por um estudante de medicina, sendo que o caso foi investigado pela Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté, onde pelo exame de corpo e delito constatou ter ocorrido o estupro, porém a ligação do estudante com o crime não foi provada.

No final de outubro do mesmo ano sua filha teve uma nova crise e Daniele, após não ter sido atendida no Hospital Universitário de Taubaté, foi atendida no pronto socorro. Ao receber atendimento, na língua da criança foi constatada a presença de uma substância branca, onde houve a suspeita que seria cocaína. A criança veio a falecer após sofrer parada cardiorrespiratória. Através de um teste preliminar feito pelo Instituto de Criminalística de Taubaté o resultado afirmou que a substância era cocaína.

Tal circunstância teria autorizado que o mesmo Delegado de Polícia da Delegacia de Investigações Gerais adentrasse na residência de Daniele e lá recolhesse mamadeiras onde também foi constatada a existência da substância branca, também no laudo preliminar foi constatado que a substância era cocaína.

Realizada a prisão de Daniela a mídia divulgou a notícia que Daniele havia matado a filha de overdose de cocaína e a denominando como “Monstro da Mamadeira” a acusada foi recolhida em uma cadeia pública em Pindamonhangaba.

Suas colegas de cela ao terem conhecimento dos fatos irresponsavelmente veiculados pela mídia, espancaram Daniele durante horas até que fosse tomada alguma providência pelas autoridades, realizando praticamente uma vingança privada, sem direito a defesa. A acusada perdeu a audição de um ouvido, e parte da visão, sofreu diversas lesões, ficou internada por traumatismo craniano e lesão neurocerebral.

Ao receber alta Daniele foi encaminhada para a cadeia de Caçapava e mais tarde foi transferida para Tremembé.

Ficou presa por trinta e sete dias, onde foi concedida a liberdade provisória após constatado em laudo definitivo que a substância branca encontrada na boca da criança e nas mamadeiras eram remédios ministrados em razão das frequentes convulsões.

Em 2008, Daniele foi absolvida, porém danos que sofreu em razão da veiculação precipitada e inconsequente de fatos ainda sequer confirmados são praticamente irreparáveis.

Descrevendo a situação, Estela Cristina Bonjardim (2002, p.82):

Não se pode esquecer que a notícia é um negócio dos mais competitivos. As empresas jornalísticas existem para gerar lucros, ou fazer parte de uma estrutura em outros setores geram lucro, como é o caso das redes de televisão. Essa competição certamente provoca abusos, pode levar à divulgação apressada de informações que, mais tarde, acabam sendo desmentidas, resultando, invariavelmente, em sensacionalismo.

Os meios de comunicação na busca incessante de fornecer informações em primeiro plano acabam veiculando muitas vezes informações incompletas e, no pior dos casos, inverídicas.

Assevera, Simone Schreiber (2008,p.262):

Contudo, ainda que isso não ocorra, pois muitas vezes o interesse da mídia no caso se resume à fase policial, a forma como a imprensa retrata a deflagração da investigação já por si pode atingir o princípio da inocência do investigado, estigmatizando-o justamente na fase inicial do procedimento, quando as versões apuradas são precárias e as imputações provisórias [...]

Há ainda os que divulgam fatos desnecessários que acabam por violar totalmente a intimidade e dignidade do indivíduo sem efetivamente exercer o direito de informação, que vale dizer, não é absoluto. Como dispões o artigo 220 §1º da Constituição Federal o direito de informação encontra limitações.

Conforme Helena Abdo bem explica (2011, p.115):

Ao contrário da Constituição espanhola, que tutela expressamente a veracidade da informação em seu artigo 20.1.d, a Carta brasileira nada dispôs, explicitamente, acerca do assunto. Não obstante, é unânime o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, no sentido de que somente a informação veraz é digna de proteção

Ainda a autora (2011, p. 118)

Ademais, vale notar que o compromisso dos meios de comunicação não se esgota somente com a narração da verdade. Para que se atinja a almejada objetividade, há que se atender, também, a um dever de completude. O profissional da comunicação deve não apenas narrar a verdade, deixando de declarar aquilo que saiba não corresponder à realidade, mas também está adstrito a relatar toda a verdade, ou seja, não se pode omitir fatos relevantes de que tenha tomado conhecimento. O fundamento desse dever de completude está não só no respeito à objetividade, como acima defendido, mas também na circunstância de que o fato omitido poderá comprometer de tal forma a narração, a ponto de torna-la inverídica.

O caso analisado retrata de forma concreta e visível que os danos que a veiculação de informações inverídicas podem causar a uma pessoa na grande maioria das vezes são irreparáveis.

5.2 Caracterização da Colisão da Liberdade de Expressão Com o Devido Processo Legal

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, trouxe uma série de direitos e garantias em seu texto.

Porém, ainda que essas garantias tenham peso constitucional, elas não são absolutas e são delimitadas pela coexistência de outras garantias. O exercício de um direito sempre encontrará seu limite quando houver um choque com o exercício de outro de direito.

Como descreve Helena Abdo (2011, p.101):

Afirmar que um direito subjetivo é relativo significa dizer que ele deve ser exercido em conformidade com os fins perseguidos pelo ordenamento jurídico. Assim, a relatividade dos direitos subjetivos contrapõe-se ao seu caráter absoluto e esta ligada aos limites dentro dos quais tais direitos

devem ser exercidos, limites esses que são impostos, na maior parte das vezes, pelos fins a que se destina a norma jurídica.

O interesse da população a respeito de notícias sobre crimes sempre existiu até por ser uma forma da população se relacionar com a ciência jurídica do direito penal e de se informar sobre os acontecimentos do Judiciário. A liberdade de imprensa, quando exercida de forma responsável só tem a acrescentar na formação do caráter democrático de nosso país.

Entretanto a mídia pode se manifestar de várias formas, sendo ela sucinta, buscando informar basicamente os fatos que ocorreram ou especulativa, sensacionalista e atuar de forma que haja o comprometimento da própria informação.

A doutrina classificou a atuação dos meios de comunicação de algumas formas. Dentre as formas aqui trazidas na primeira delas há um verdadeiro relato, conciso e objetivo do crime divulgado, dos fatos, os procedimentos realizados e das decisões tomadas. Esse modo de atuação é feito de forma que busca concretizar o direito de informar em si, divulgando fatos de interesse público. É denominada por alguns como “crônica judiciária”. (ABDO, Helena, 2011, pp.84-85)

De mais a mais, o relato sobre a prática ou conteúdo de atos processuais tem papel relevante na construção da imagem do Poder Judiciário perante a opinião pública. Esse papel de construção da imagem do Poder Judiciário é decorrência natural do exercício da publicidade mediata, por meio da qual os órgãos da mídia exercem a tarefa de intermediar a divulgação acerca das ocorrências relativas a processos considerados relevantes para a sociedade como um todo. (ABDO, Helena, 2011, p.86)

Como se vê, a divulgação imparcial, verdadeira e objetiva deve servir como referência e parâmetro para qualquer meio de comunicação que tenha por objetivo acompanhar os fatos que decorrem da prática de um crime, de forma que possibilite a concretização do direito de informar sem causar prejuízos ao processo em andamento.

Um outro exemplo seria a transmissão audiovisual dos julgamentos como acontece no Brasil, por exemplo, por meio da TV Justiça. A TV Justiça é um canal onde é disponibilizada a oportunidade de assistir julgamentos da nossa Suprema Corte. Contudo, que pese a existência da divulgação televisionada de alguns julgamentos, na doutrina e jurisprudência pátria ainda não há uma posição definida sobre o assunto. (ABDO, Helena, 2011, p. 91).

Ainda, temos o chamado por alguns doutrinadores como “media ride along”, nessa forma de veiculação se retrata a situação onde além da divulgação dos fatos trazidos pelo judiciário, os jornalistas acompanham a realização das diligências, transmitindo praticamente de forma instantânea aos espectadores o que está acontecendo.

No Brasil, não há regulamentação nem doutrina específica sobre esse delicado tema. Colhem-se algumas manifestações a respeito do assunto, sendo todas elas, porém, relacionadas unicamente à proteção da imagem e da privacidade das pessoas envolvidas, sem fazer menção específica à divulgação de atos processuais. Tem se entendido, por exemplo, que a atuação da mídia é lícita quando retrata as diligências, sem, contudo, promover a identificação precisa dos envolvidos (vítima de crime ou evento danoso, suspeitos presos em flagrante, etc.), mediante “tomadas” amplas, as quais não possibilitam o reconhecimento das pessoas ali retratadas. (ABDO, Helena, 2011, p. 89)

Como se vê, desde que respeitada as garantias subjetivas do acusado e o próprio andamento das investigações e do processo não se verifica uma colisão entre os direitos constitucionalmente preservados.

O problema que decorre daí é a ausência de limites aos métodos utilizados para coleta de informações e, muitas vezes, a impossibilidade de utilização válida das provas produzidas pelos jornalistas nos processos judiciais, acirrando a imagem de ineficiência do Judiciário e reafirmação da imprensa como defensora da cidadania, e ainda do risco de consideração indevida das provas que não foram colhidas sobre o devido processo legal no veredicto judicial (SCHREIBER, Simone, 2008, p. 364).

Assim, outra forma de divulgação consiste na publicação de notícias que são divulgados por uma oratória em tom predominantemente subjetivo, com pareceres definitivos, ou seja, há a realização de um verdadeiro julgamento pelos meios de comunicação, com as suas próprias investigações, personagens, provas, depoimentos e laudos.

No Brasil, a Constituição Federal assegura à imprensa liberdade de informação jornalística no art 220 §1º, garantindo-lhe a necessária liberdade para o desempenho de sua função social. Contudo, a liberdade de informação jornalística não é um direito absoluto, irrestrito e sem limites. É um direito que merece garantia, mas que deve ser limitado para que sejam preservados outros bens, valores e direitos tão relevantes e necessários à democracia como a própria liberdade de imprensa. Tanto é assim que a própria Constituição Federal prevê como direitos invioláveis a liberdade, a vida, a segurança, a propriedade, a honra. A liberdade de imprensa não é um direito superior a todos os demais e nem pode se impor de forma

ilimitada, subjugando outros direitos que também sustentam a democracia. (BONJARDIM, Estela, 2002, pp. 72-73)

Como vemos, o conflito entre a liberdade de expressão e o devido processo legal se caracteriza quando há um abuso do direito de informar quando os meios de comunicação acabam por interferir no curso das investigações, na imparcialidade dos jurados, ou até mesmo do juiz. A mídia acaba realizando um julgamento a parte, onde são violados uma série de direitos subjetivos do acusado como intimidade, liberdade, presunção de inocência e principalmente a dignidade da pessoa humana.

A doutrina utiliza ainda a figura da usurpação da função judicial pela imprensa e da mudança indevida do *locus* do julgamento para caracterizar o *trial by media*. Ocorre assim a instauração de um processo paralelo (na Espanha, denominado *juicio paralelo*) conduzindo sem respeito às garantias, pressionando-se a seguir o judiciário para acatar o veredicto propugnado pela opinião pública, impossibilitando que o julgamento se dê em adequado ambiente de serenidade (SCHREIBER, Simone, 2008, p. 375)

Vivemos num mundo em sua generalidade capitalista, onde os meios de comunicação direta ou indiretamente buscam a obtenção de lucro e nessa ânsia são divulgadas notícias, com pouco ou sem qualquer embasamento fático. (BONJARDIM, Estela, 2002, p. 82)

O julgamento do que seja um método ilícito de obtenção de informação comporta uma certa dose de subjetividade. Eventualmente, jornalistas têm se apresentado omitindo sua atividade profissional, para poderem investigar aspectos relevantes de determinado assunto. Dessa maneira, obtêm gravações e fotografias clandestinas e omitem dados sobre sua própria identidade para a revelação de fatos que, de outra forma, talvez não chegassem ao conhecimento do público. (BONJARDIM, Estela, 2002, p.83)

A partir do momento que a informação desvincula-se da sua característica objetiva e imparcial e passa a explorar a cadeia de acontecimentos, buscando direcionar o pensamento do público a determinada conclusão a ofensa ao devido processo legal vai tomando suas formas.

Colaborando a este raciocínio Helena Abdo (2011, p. 106) “Com efeito, a partir do momento em que a publicidade mediata deixa de ser realizada de forma objetiva, ela desborda dos seus limites e perde seu caráter de informação.”

Interessante é o caso de um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos trazido por Simone Schreiber (2008, pp. 277-279):

Em *Shepherd v. Florida* (341 U.S – 1951), quatro negros acusados de terem estuprado uma jovem branca de 17 anos haviam sido condenados em primeira e segunda instância. Dois deles foram condenados à morte. Ao terceiro acusado, que possuía dezesseis anos na data do crime, foi imposta pena de prisão perpétua. O quarto acusado havia sido morto ao resistir à prisão. A Suprema Corte por decisão *per curiam*, anulou a condenação, ao argumento de que não haviam sido relacionados negros para integrar o Júri, o que configurava discriminação racial. O *Justice* Jackson proferiu um voto, ao qual aderiu o *Justice* Frankfurter, concordando com a anulação do julgamento, mas expondo razões diversas das que pautaram a decisão *per curiam*. Aduziu que, em face da publicidade prejudicial, fossem os jurados brancos ou negros, a condenação seria inevitável, pois “ o julgamento fora apenas uma formalidade para registrar o veredicto ditado pela imprensa e pela opinião pública por ela gerada”.[...] Não obstante, as confissões dos acusados não foram introduzidas no julgamento pela acusação, o que inviabilizou que a prova fosse contraditada pela defesa. A defesa poderia, eventualmente, ter impugnado a legalidade das confissões, e o juiz poderia não tê-las admitido no processo. Contudo não há qualquer controle sobre as evidências produzidas na mídia e divulgadas aos jurados. Se há risco de que a condenação tenha se pautado em prova apresentada nos jornais, resta violado o devido processo legal.

Exemplificando também o confronto entre os direitos discutidos Estela Cristina Bonjardim (2002, pp. 117-118):

No início do segundo semestre deste ano, um jornal inglês reconhecidamente sensacionalista iniciou uma campanha de perseguição à pedófilos depois da ocorrência de um crime que abalou a opinião pública daquele país. Uma garotinha sequestrada foi encontrada morta, depois de violentada sexualmente. O episódio deflagrou a publicação, pelo referido jornal, de uma lista contendo as fotografias de todos os homens acusados ou já condenados por pedofilia em Londres. Nas páginas centrais do jornal, a cores e em destaque, foram estampados os rostos daqueles que, segundo o jornal, são dados à prática de pedofilia, para que os londrinos pudessem reconhecer num vizinho, por exempli, um dos perigosos criminosos, prevenindo-se e prevenindo seus familiares contra eles. A publicação provocou vários episódios desastrosos, como depredações e incêndios nas casas de alguns dos fotografados, além de agressões equivocadas a pessoas parecidas com eles. É flagrante o abuso cometido pela imprensa nesse caso, por rotular como criminosas pessoas acusadas da prática de crimes, mas que devem se submeter à ação do Poder Judiciário e não de órgãos destituídos do poder de julgar.

O fato dos meios de comunicação possuírem uma maior liberdade ao realizarem a atividade de investigação podem trazer ao público provas que não poderiam ser admitidas ao crivo do devido processo legal, correndo o risco destas influenciarem o convencimento de um possível júri e até mesmo o do juiz. (SCHREIBER, Simone, 2008, pp. 370-371)

Prosseguindo Simone Schreiber (2008, p. 376) “A mera possibilidade de que o juiz de que o juiz ou os jurados tenham tido contato com a prova ilícita já é

suficiente para caracterizar a nocividade da expressão para a boa condução do julgamento.”

É possível alegar que ocorrera o confronto entre a liberdade de imprensa e o devido processo legal principalmente nas ocasiões onde os jurados tem contato com o noticiário sensacionalista, isto porque os jurados são juízes leigos, tem contato com as informações do processo por um período muito breve e não precisam fundamentar suas decisões. Importante apontar que nessas situações é muito difícil comprovar o comprometimento da imparcialidade do juízo. (SCHREIBER, Simone, 2008, p. 384)

Resumidamente buscou-se caracterizar que o exercício abusivo da liberdade de informar que acabara caracterizando o prejuízo aos direitos e garantias que constituem o devido processo legal.

5.3 Apontamentos Trazidos no Direito Comparado

Este tópico tem por pretensão formar um panorama geral a respeito de como é tratado e solucionado o conflito entre liberdade de expressão e o devido processo legal em outros países e entidades internacionais.

Nos Estados Unidos da América referido tema já é há muito tempo discutido, razão pela qual já existem mecanismos a disposição do Judiciário que buscam tornar menores os efeitos da mídia no processo.

Para evitar que as informações a respeito de determinado processo em andamento chegassem até a mídia foram criadas as *restrictive orders* ou *gag orders*, que primeiramente eram direcionadas aos indivíduos que atuavam no processo e em outro momento passaram a ser direcionadas diretamente aos meios de comunicação. (ABDO, Helena, 2011, p. 202).

Representantes dos meios de comunicação do Estado de Nebraska questionaram a decisão pelo Tribunal Estadual e, posteriormente a Suprema Corte, a qual entendeu pela inconstitucionalidade da medida, ao mesmo tempo que reconheceu a possibilidade e a constitucionalidade da imposição, pelo próprio juiz da causa, de algumas medidas restritivas voltadas diretamente aos meios de comunicação quando (a) a publicidade do processo antes da fase de *trial (pre-trial publicity)* for realizada de forma intensa e universal, (b) não existirem outras alternativas possíveis (tais

como o desaforamento) para arrefecer os efeitos da publicidade mediata do processo e (c) for possível afirmar com segurança que a *restrictive order* será eficaz na prevenção do risco de influência da mídia sobre o julgamento. (ABDO, Helena, 2011, p. 203)

Existem também a previsão do *contempt of court*, uma regulamentação que dá aos juízes a possibilidade de garantir a boa administração da atividade jurídica, garantindo o cumprimento de ordens por eles determinadas de forma que sejam coibidas condutas consideradas afrontosas ao exercício da justiça tanto na prática dos atos processuais, como em atos praticados fora do judiciário. (SCHREIBER, Simone, 2008, pp. 270-271).

O *contempt of court*, também adotado na Inglaterra, dá aos juízes a oportunidade de aplicação de sanções. “A sanção ao *contempt of court* pode variar entre a aplicação de uma multa até a decretação da prisão civil do jurisdicionado, passando pela restrição de direitos e pelo arresto- sequestro de bens.” (ABDO, Helena, 2011, p. 204)

É considerado como *contempt of court* quando os meios de comunicação atuam de modo que possam comprometer na imparcialidade do júri, buscando direcionar tanto os jurados como até mesmo os juízes a determinado posicionamento ou ainda divulgando notícias sobre casos ainda não solucionados. Também são utilizados para evitar que determinados fatos cheguem até a mídia. (SCHREIBER, Simone, 2008, p.272)

Outro mecanismo utilizado nos Estados Unidos que busca prevenir a ocorrência de qualquer prejuízo ao devido processo legal e também para analisar se há possibilidade de algum jurado não ser imparcial é o *voir dire*, muito bem definido por Vladimir Aras (s.d, p.4):

A primeira delas é o *voir dire*, expressão hoje entendida como *to see them say*, mas que na origem significava *verum dicere* (dizer a verdade). Trata-se de investigação preliminar sobre eventuais preconceitos ou pré-compreensões dos potenciais jurados, que habilitam as partes a realizar recusas motivadas.

Existe em outros países a faculdade de o acusado optar por renunciar a sua garantia de ser julgado pelo júri.

A renúncia ao júri nos Estados Unidos não é um procedimento realizado de forma uniforme em todos os Estados, existem alguns que restringem a possibilidade da renúncia na ocorrência da prática de determinados crimes ou

quando cominadas algumas penas. Para ser julgado por um juiz togado o réu precisa requerer e o Judiciário e o Ministério público devem anuir com o pedido. (ARAS, Vladimir, s.d, p.7).

O julgamento pelo júri (*trial by jury*) é um direito previsto na 6ª Emenda à Constituição norte-americana. Mas, se o requerer, o acusado será julgado por um juiz togado (*bench trial*). Em regra, julgamentos pelo juiz togado são encerrados após a negociação de declarações de culpabilidade, as denominadas *plea bargains* ou *plea agreements*. (ARAS, Vladimir, s.d, p.7)

A previsão da renúncia ao júri existe também na Irlanda do Norte no julgamento do crime de terrorismo se solicitado pelo Ministério Público. (ARAS, Vladimir, s.d , p. 8). Há ainda regulamentação a respeito a renúncia ao julgamento pelo júri na Inglaterra e País de Gales como leciona Vladimir Aras. (s.d, pp.7-8)

No entanto, na Inglaterra e no País de Gales, os julgamentos sem júri (*nonjury criminal trials*) vêm causando polêmica. Esta novidade foi introduzida na Grã-Bretanha em 2003 pelo Criminal Justice Act. A dispensa do júri é possível em dois casos, sempre a pedido do *Crown Prosecution Service* (CPS), a promotoria inglesa (artigos 43 e 44)”: 1. julgamento de casos complexos de fraude financeira. Se a causa for complexa ou houver a previsão de que o julgamento será excessivamente demorado, o tribunal (*Crown Court*) pode dispensar o júri; ou 2. possível ameaça aos jurados ou risco de manipulação do julgamento (*jury tampering*).

Na Jamaica o direito a liberdade de expressão é garantido constitucionalmente e também regulamentado por lei, Lei de Acesso a Informação de 2002, que traz exceções taxativas a sua aplicabilidade (MENDEL, Toby, 2009, p.70)

As exceções específicas previstas na lei incluem as seguintes: [...] • documentos relativos à repressão ao crime cuja divulgação possa ameaçar a vida ou a segurança; prejudicar uma investigação ou justo julgamento; revelar uma fonte de informações confidenciais; prejudicar a eficácia de métodos de prevenção, detecção ou investigação de violações da lei; facilitar fuga da detenção, ou comprometer a segurança de instalações penitenciárias (seção 16);(MENDEL, Toby, p.70)

Assim, se verificada a possibilidade de prejuízo ao devido processo legal as prerrogativas trazidas pela Lei de Acesso a Informação são restringidas, aplicando-se nesse caso a Lei de Sigilo Oficial (MENDEL, Toby, 2009, p.69)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos regulamenta em seu artigo 10 a respeito do amplo exercício da liberdade de expressão, porém esse exercício não absoluto.

Artigo 10 - Liberdade de expressão

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 proteção da saúde ou da moral, **a proteção 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.** (Grifo nosso).

Ainda em seu artigo 6º a Convenção Europeia de Direitos Humanos consagra a proteção ao devido processo legal inclusive em relação aos meios de comunicação

Artigo 6 - Direito a um processo equitativo

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.

A Corte Europeias de Direitos Humanos criada pela Convenção supra busca reprimir os abusos cometidos pelos países signatários, tanto no exercício da liberdade de expressão como nas reprimendas a esta.

A fim de aplicar tal norma, a Corte Europeia analisa as justificativas apresentadas pelos Estados para restringir a liberdade de expressão, verificando especificamente se a medida esta prescrita em lei, se tal lei é compatível com a Convenção, se o interesse contraposto é legítimo, e se a restrição é efetivamente necessária, considerando as exigências de uma sociedade democrática. (SCHREIBER, Simone, 2008, p. 316)

Caso os pais não cumpra as determinações da Corte ele pode ser sancionado até com a exclusão do Conselho Europeu.

Foi criada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, que apesar de trazer o direito de liberdade de expressão com um caráter extremamente amplo, também prevê a reparação de danos àqueles que divulgarem irresponsavelmente notícias.

10 As leis de privacidade não devem inibir nem restringir a investigação e a difusão de informação de interesse público. A proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis, nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público. Ademais, nesses casos, deve-se provar que, na divulgação de notícias, o comunicador teve intenção de infligir dano ou que estava plenamente consciente de estar divulgando notícias falsas, ou se comportou com manifesta negligência na busca da verdade ou falsidade das mesmas.

Os exemplos trazidos neste tópico visam expor algumas soluções adotadas no direito alienígena e internacional para solucionar o possível conflito entre o direito de informar e o direito a um julgamento justo cerceado por suas garantias.

5.4 Sugestões Para Solução da Colisão

Conforme foi apresentado o estudo podemos verificar que no contexto fático atual, vivemos num mundo extremamente globalizado, onde a publicação de notícias ocorre de forma quase instantânea. A possibilidade da veiculação de determinado crime pode lesionar direitos subjetivos do acusado e consequentemente o devido processo legal.

A liberdade de expressão é uma garantia extremamente ampla e restrições a ela merecem grande dose de precaução para que não se configure a censura.

Censura, em sentido lato, quer dizer pena disciplinar ou admoestação enérgica aplicada pelo superior hierárquico ao seu subordinado, tanto na esfera das atividades públicas quanto na das privadas. Em sentido estrito, por sua vez, censura corresponde à atividade comumente atribuída ao poder de polícia do Estado, relativamente ao exame e à crítica de escritos

em geral, representações teatrais, diversões públicas e outras manifestações intelectuais, com fito de resguardar os princípios da moralidade, os bons costumes e a ordem pública. (ADBO, Helena, 2011, pp 106-107)

Como já visto, apesar de ampla a liberdade de expressão encontra seus limites quando colide com outros direitos também resguardados por nossa Carta Constitucional. E isto que difere a limitação com a censura, pois a limitação possui resguardo constitucional, fato dimetrialmente oposto a censura, ato do Poder Executivo, que é repudiada no contexto histórico-jurídico brasileiro. Ainda, a censura através de subterfúgios de ordem subjetiva como, por exemplo, “bons costumes”, destrói o direito de liberdade enquanto a limitação apenas o torna uniforme com outras prerrogativas constitucionais. (FARIAS, Edilson, 2004, p. 246)

O Poder Judiciário não se constitui, pois, em um órgão censor: oferece resposta tão somente após provocação do interessado e sempre com o fim de deixar claros ou restabelecer os limites em que podem e devem ser exercidas as liberdades de comunicação e expressão. (ADBO, Helena, 2011, p.198).

Sendo assim, por serem garantias a ordem constitucional é necessário que na ocorrência de um confronto entre liberdade de expressão o devido processo legal seja feita uma análise detalhada do contexto fático pelo Judiciário, nosso órgão contramajoritário.

A função primordial do Poder Judiciário é a de compor conflitos de interesse em cada caso concreto, pela aplicação da lei. Assim, quando surge conflito de interesses envolvendo, de um lado, a imprensa e sua liberdade de informação jornalística e, de outro, o cidadão e seus direitos civis e constitucionais, cabe ao Poder Judiciário compor o conflito, impondo, se necessário, limites à atuação da imprensa em prol dos direitos do cidadão eventualmente lesados ou ameaçados de lesão. (BONJARDIM, Estela, 2002, pp 72-73)

A principal função do juiz é garantir o cumprimento dos direitos e garantias constitucionais, ainda que para isso ele tenha que ir contra a vontade de todos. Só assim se concretiza o preceito democrático em seu caráter substancial. (FERRAJOLI, Luigi, 2002, p.708)

No conflito em estudo a principal forma de solução será a utilização dos postulados normativos da ponderação e da proporcionalidade cuja forma de atuação já foi analisada em capítulo supra. (SCHREIBER, Simone, 2008, p. 384)

Melhor ilustrando a situação em tela, Simone Schreiber, 2008, p. 385):

Isto significa que o juiz deve buscar, no cardápio de soluções possíveis para o conflito, 1. medidas que sejam aptas a promover o fim desejado (ou que contribuam para promovê-lo, qual seja, assegurar ao réu que seja julgado sob as garantias do devido processo legal (idoneidade ou adequação); 2. dentre elas, as que imponham a menor restrição ao direito contraposto, no caso, a liberdade de expressão (indispensabilidade ou necessidade); 3. deve avaliar ademais se o grau de restrição imposto à liberdade de expressão deve ser justificado em vista da relevância da realização do fim que se busca alcançar, devendo ser ainda a avaliado o grau de satisfação em concreto do fim desejado

Dessa forma o juiz ao se deparar com o conflito entre a liberdade de expressão e o devido processo legal deve procurar tomar a medida menos prejudicial a ambos os direitos de modo que ambos possam ainda concretizar o fim trazido pela Constituição. Importante ressaltar que somente pela análise da situação concreta que é possível imaginar qual a extensão e dimensão da publicidade e o seu potencial grau lesivo para que se tenha uma mensuração da solução que será tomada de forma harmônica e proporcional.

São várias as sugestões trazidas pelos autores estudados, desde as mais extremistas até as que procuram afetar da menor forma possível o livre exercício da liberdade de expressão para garantir um processo justo.

No que se refere ao tribunal do júri um dos apontamentos advindos do direito norte americano, o *voir dire*, seria uma pré indagação feita aos jurados para que se verifique alguma espécie de comprometimento da imparcialidade destes, sendo utilizado no Brasil como referência para as recusas aos jurados disponíveis as partes.(SCHREIBER, Simone, 2008, p. 386).

Outra sugestão de solução seria o direito do acusado renunciar ao julgamento pelos pares, por ser tratar de garantia subjetiva deste e não existir na legislação pátria nenhuma vedação expressa a renúncia do acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

A ideia de o réu, com assistência de seu defensor, poder renunciar ao júri não é absurda, primeiro porque o julgamento pelos pares é um direito individual listado art. 5º da CF. Depois, porque o réu pode abdicar de outros direitos processuais, como o de permanecer em silêncio; se resolve falar em juízo, o acusado deixará de exercer tal direito, o que equivale a renunciar a uma garantia constitucional (*nemo tenetur se detegere*). Por último, a renúncia é factível porque há algumas exceções à competência do tribunal popular, que se estabelecem independentemente da vontade do acusado; não se trata, pois, de regra absoluta. (ARAS, Vladimir, s.d, p.9)

Outra opção seria a proibição da juntada de provas obtidas através dos veículos de comunicação no processo, através da aplicação de um dos princípios que consagra o devido processo legal, qual seja a vedação da prova ilícita, artigo 5º LVI da Constituição Federal. “Confissões obtidas em interrogatórios informais, sem que o imputado esteja ciente de seu direito de permanecer calado e de se fazer acompanhar de advogado, não são admitidas.” (SCHREIBER, Simone, 2008, p.391)

Se discute ainda a proibição da própria divulgação de materiais obtidos de formas ilícitas por agentes da mídia que possam lesionar direitos subjetivos do acusado, como intimidade, honra ou privacidade. (SCHREIBER, Simone, 2008, p.400).

Os meios de comunicação têm a preferência pela divulgação de notícias a respeito da acusação e condenação de pessoas. No entanto, quando chega o momento de retificação dos fatos veiculados, no caso de um eventual arquivamento do inquérito ou absolvição, as notícias, quando veiculadas, são transmitidas em menor intensidade, de forma tímida. Razão pela qual outro modo seria uma maior abordagem ao direito de resposta, previsto no artigo 5º, V da Constituição Federal.

O direito de resposta não é propriamente uma sanção, já que consiste numa faculdade, conferida àquele que se sentir lesionado por fato inverídico ou errôneo, divulgado por meio de comunicação social, de exigir a publicação ou transmissão de resposta ou correção, gratuitamente e no mesmo órgão de comunicação, desde que proporcional ao agravo sofrido. (ABDO, Helena, 2011, p. 207)

Sendo assim, os próprios meios de comunicação estariam vinculados em retratar as notícias por eles divulgadas.

Ainda que seja desejável uma nova disciplina legislativa do direito de resposta, prevendo de forma expressa sua aplicação a casos de trial by media, tal medida pode ser adotada como resultado de ponderação judicial, desde que adequadamente justificada, atendendo-se o postulado da proporcionalidade. Ela é idônea para reequilibrar o tom do discurso prejudicial ao réu, eventualmente adotado no acompanhamento midiático de um caso criminal, podendo se mostrar eficaz para neutralizar a campanha de mídia que ponha em cheque o julgamento justo (SCHREIBER, Simone, 2008, p.394)

Existe uma Portaria 18 de 1998 da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo que em seu artigo 11 prevê o respeito ao direito de imagem e privacidade do investigado, restringindo as entrevistas e veiculação de imagens

feitas pelos meios de comunicação enquanto estes estiverem nas repartições policiais.

Artigo 11 – As autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, a privacidade e a intimidade das pessoas submetidas À investigação policial, detidas em razão a prática de infração penal ou a sua disposição na condição de vítimas, em especial enquanto se encontrarem no recinto de repartições policiais, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração.

Parágrafo Único – As pessoas referidas nesse artigo, após orientadas sobre seus direitos constitucionais, somente serão fotografadas, entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito por termo devidamente assinado, observando-se ainda as correlatas normas editadas pelos Juízos Corregedores da Polícia Judiciária das Comarcas.

Uma das sugestões trazidas por Eleonora Rangel Nacif seria uma efetiva aplicação do que determina a referida Portaria para uma maior preservação das garantias subjetivas do acusado. (NACIF, Eleonora, 2010, s.p)

Neste último tópico buscou-se trazer algumas alternativas para a colisão do direito de liberdade de expressão e o devido processo legal, buscando principalmente parâmetros para delinear o direito de informar, sem, no entanto, anulá-lo. Caberá o juiz, no exercício de sua atividade ao entrar em contato com o caso concreto verificar se os meios de comunicação, ao realizarem o seu trabalho não possam estar trazendo prejuízos ou risco de prejuízo ao devido processo legal e qual medida poderá trazer um equilíbrio a este conflito.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe como centro de interesse um estudo sobre a atuação e as consequências da publicidade opressiva nos crimes cuja veiculação pelos meios de comunicação ocorreu em escala nacional buscando evidenciar a colisão existente entre o direito da liberdade de expressão e o devido processo legal.

A Constituição Federal prestigia com a mesma importância tanto o livre exercício da liberdade de expressão como também as prerrogativas do devido processo legal. Ambos são previstos como cláusula pétrea e ambos também concretizam os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

O nosso país vivenciou um período ditatorial, onde o livre exercício do direito de se expressar era cerceado por órgãos do Poder Executivo sob pretextos cuja as margens de interpretação eram amplas e subjetivas. Razão pela qual existe grande temerosidade e receio em delimitar o exercício da liberdade de expressão.

Ainda, como já analisado o exercício da liberdade de expressão deve ser amplo, porém não absoluto. A liberdade de expressão é delimitada pela existência de outros direitos fundamentais de igual patamar, como o direito a um julgamento justo.

Ao ser exercida de forma abusiva a liberdade de expressão realizada através dos meios de comunicação podem prejudicar o investigado ou o acusado. É sabido que ocasionalmente um crime é escolhido pela mídia e seus fatos são explorados, cada informação é dissecada. O modo como as notícias são apresentadas ao público podem direcionar ao sentimento popular um desejo pela condenação para satisfazer a insegurança causada pelos próprios veículos midiáticos.

Nessa ânsia para realizar a divulgação rápida dos fatos, muitas vezes os veículos de comunicação não fazem uma pesquisa aprofundada da origem de determinada informação e acabam divulgando fatos que não são verdadeiros. Ou ainda se utilizam de meios ilícitos para conseguir obter dados acerca do crime, das pessoas e seus familiares e divulgam tais fatos sem qualquer respeito a dignidade da pessoa que está sendo investigada, a sua intimidade e ao processo. Forma-se

então no cenário popular uma realidade diferente daquela produzida dentro das prerrogativas do devido processo legal.

Quando esta realidade passa a adentrar na relação jurídica formada trazendo prejuízos a presunção de inocência, a imparcialidade do juiz ou, principalmente, dos jurados, na produção de provas e na dignidade da pessoa humana podemos dizer que a liberdade de expressão esta se descaracterizando e ocorre trazendo prejuízo a um julgamento justo, sob a égide do devido processo legal.

O devido processo legal é uma garantia prevista em nossa ordem jurídica que existe especialmente para evitar a ocorrência de arbitrariedades àquele que esta submetido a um julgamento perante o Estado e a sociedade. Ele existe para garantir que a persecução penal se faça nos moldes previstos em nossa Carta Constitucional. Como sabemos, o indivíduo que esta submetido a um julgamento certamente encontra-se em desvantagem contra a atividade persercutória do Estado.

Vemos que juntos a liberdade de expressão e o devido processo legal existem para, ao seu modo, trazer garantias ao indivíduo frente ao Estado.

Como se evidenciou, o Judiciário tem a função de guardião da Constituição Federal e seus preceitos, e, quando verificado um abuso do exercício de um direito, cabe ao Judiciário apreciá-lo e impedi-lo.

A atividade judicial é essencialmente contramajoritária, de atuação na defesa das garantias constitucionais quando toda a maioria direciona em sentido contrário. O juiz não pode permitir, e, trata-se de uma obrigação do Judiciário impedir que o processo penal de um indivíduo alvo da publicidade opressiva seja um processo meramente formal, cujo resultado é previsto e esperado.

Cabe ao juiz, verificando a atuação intensiva da mídia tomar as precauções necessárias para impedir que os meios de comunicação façam seu próprio julgamento.

A realidade nacional é formada por uma maioria de pessoas que tiveram uma formação educacional precária, quando existente. A valorização cultural à educação é pouca. A mídia, por ser em grande parte única fonte de informação e se aproveitando desse contexto ajuda a moldar verdades incontestáveis.

Assim, o Judiciário ao verificar que determinado crime ou determinada pessoa é alvo da atuação midiática, deve que tomar as devidas cautelas. Para isso é necessário se debruçar ao estudo de cada caso em si e verificar quais as medidas que podem ser tomadas para harmonizar e equilibrar a situação, sem, no entanto anular as garantias constitucionais.

É necessário o uso dos postulados normativos na solução destes conflitos, como o da ponderação, da razoabilidade e da proibição do excesso.

Ao presenciar um conflito entre a publicidade opressiva e o devido processo legal deve-se ter em mente que os valores em desarmonia possuem a mesma relevância no nosso ordenamento jurídico.

Assim, analisando cada caso deve-se buscar a maior aplicação possível de cada direito, evitando-se restringir sua eficácia mínima e ainda analisar se aquela situação esta acontecendo dentro dos parâmetros da normalidade, se há uma situação de exceção e qual a interpretação teleológica que cada direito traz em si.

As sugestões trazidas como um pré questionamento dos jurados, a possibilidade de renúncia ao julgamento pelo júri ou ainda a proibição da juntada ou veiculação de provas produzidas pela mídia são medidas que podem ajudar a diminuir a chance de prejuízos a um julgamento justo. Para isso é necessária a análise da atuação dos veículos de comunicação em cada caso.

É certo que algumas sugestões trazidas talvez impliquem em necessidade de uma regulamentação legislativa, porém nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar da função de guardião constitucional realizada pelo Judiciário e este não pode ser omitir de sua atividade devido a inexistência de leis.

A mídia não pode ser um mecanismo de pressão que interfira no devido processo legal. Todos tem direito a um julgamento justo. O julgamento sob a égide de preceitos constitucionais legitima a própria existência do Estado Democrático de Direito. Cabe ao Judiciário na proteção desses princípios que cerceiam o processo evitar que injustiças sejam cometidas em face de um exercício abusivo do direito de liberdade de expressão.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena. **Mídia e Processo**. 1ª ed, São Paulo: Saraiva, 2011.

ALBERTO, Marcelo. **Injustiça brasileira: Caso Monstro da Mamadeira**. Alerta Vermelho. 27 de janeiro de 2012. Disponível em:
<http://setimoshofar.blogspot.com.br/2012/01/o-monstro-da-mamadeira.html>.
Acessado em 4 de outubro de 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMORIM, Felipe. **Passados 18 anos, professora da Escola Base ainda não sabe quando vai receber indenização**. Última Instância. Disponível em:
<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/55481/passados+18+anos+profesora+da+escola+base+ainda+nao+sabe+quando+vai+receber+indenizacao.shtml>>
Acessado em 8 de outubro de 2012.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAS, Vladimir. **Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro**. Custus Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em:
http://www.prrj.mpf.gov.br/custuslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010_Dir_PenI_Vladimir.pdf Acessado em 10 de outubro de 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed., amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 452 p

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. – O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>> Acessado em 28 de outubro de 2012

BAUER, Guilherme. **Maníaco do Parque**. 15 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://loucoseperigosos.blogspot.com.br/2010/02/historia-francisco-de-assis-pereira-tem.html>> Acessado em 14 de outubro de 2012

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, p. 210/275, jan/mar. 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ªed. Brasília: Editora Unb, 1999.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2007.

BOTTINO, Thiago. **A segurança por meio da estruturação da ponderação – critérios para ponderação em matéria penal**. Mundo Jurídico. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=724. Acessado em: 23 de outubro de 2012

BRAGHIN, Renan. **A expansão da jurisdição constitucional frente às limitações dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2867/2645>. Acessado em 12 de outubro de 2012.

BRASIL. **Código Penal – Decreto-Lei 2.848/40**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em: 08 de outubro de 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em: 08 de outubro de 2012.

BRASIL. **Decreto nº 592 - de 6 de julho de 1992. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos.** Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sendh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm. Acessado em 10 de outubro de 2012.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça.** HC 11628-SP, relator Min. Gilson Dipp. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/332405/habeas-corpus-hc-11628-sp-1999-0119441-5-stj>. Acessado em 12 de outubro de 2012

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça,** REsp nº N° 351.779 – SP, relatora Min. Eliana Calmon. Disponível em:<
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=745953&sReg=200101127779&sData=20040209&sTipo=5&formato=PDF> Acessado em 24 de outubro de 2012

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 130. Disponível em:
<http://www.http://www.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28APF%24%2ESCLA%2E+E+130%29+OU+%28ADPF%2EACS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>.
Acessado em: 08 outubro 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** AI 690841. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626061/agregno-agravo-de-instrumento-ai-690841-sp-stf>. Acessado em: 08 outubro 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC. 80948. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726991/habeas-corpus-hc-89032-sp-stf>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC 82424/RS. Ministro Relator: Moreira Alves. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(82424.NUME.+OU+82424.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(82424.NUME.+OU+82424.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acessado em 08 de outubro de 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** HC. 89032. Relator: Ministro Menezes Direito. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726991/habeas-corpus-hc-89032-sp-stf>. Acessado em: 11 de outubro de 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MS 24.268/MG,** relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, DJU de 17.09.2004. Disponível em :
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar>. Acessado em 10 de outubro de 2012

BRASIL. **Tribunal de Justiça Do Estado de São Paulo**. Apelação Cível n.º 0280608-89.2009.8.26.0000. Relator: Erickson Gavazza Marques. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=774769D520F17434A0214D036B3CAA48>. Acessado em: 08 outubro 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005

Casal Nardoni é considerado culpado pela morte da garota Isabella São Paulo, G1, 22 de março de 2010. Disponível em : <http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL1546912-15528,00-CASAL+NARDONI+E+CONSIDERADO+CULPADO+PELA+MORTE+DA+GAROTA+ISABELLA.html>. Acesso em 6 de outubro de 2012

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **A normatividade dos princípios no pós positivismo: uma análise à luz da teoria de Robert Alexy**. Disponível em: < http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/anormatividadedosprincipios.pdf > Acessado em 20 de outubro de 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

COLLI, Maciel. **Parte das mudanças na lei penal deve-se à televisão**. Conjur, 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-13/consideravel-parte-mudancas-lei-penal-televisao>. Acessado em 15 de outubro de 2012

Começa o julgamento de Alexandre Nardoni e Ana Carolina Jatobá, São Paulo, G1, 22 de março de 2010. Disponível em : <http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL1539071-15528,00-COMECA+JULGAMENTO+DE+ALEXANDRE+NARDONI+E+ANNA+CAROLINA+JATOBATA.html>. Acesso em 6 de outubro de 2012

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão.

Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>
. Acessado em 12 de outubro de 2012.

Conselho da Europa, Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>
Acessado em 21 de outubro de 2012

Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica.

Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acessado em 08 de outubro de 2012.

COSTA, Flávio Ribeiro da. A força normativa dos princípios constitucionais.

Boletim Jurídico, Uberaba/MG, Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1543>> Acessado em: 29 de outubro de 2012.

CROZARA, Rosberg de Souza. O constitucionalismo, democracia e a limitação ao poder estatal: A função contra-majoritária dos direitos fundamentais como proteção ao mais débil.

Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2306.pdf
. Acessado em 23 de outubro de 2012

Definida indenização dos donos da Escola Base.

JusBrasil, 19 de novembro de 2002 Disponível em: < <http://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/135943/definida-indenizacao-para-os-donos-da-escola-base>> Acessado em 1 de outubro de 2012.

Documentos inéditos do caso Isabella Nardoni mostram detalhes do crime.

São Paulo: R7 notícias. 11 de março de 2012. Disponível em: < <http://noticias.r7.com/sao-paulo/noticias/documentos-ineditos-do-caso-isabella-nardoni-mostram-detalhes-do-crime-20120311.html>> Acessado em 17 de outubro de 2012

ESPAÑA. Constituição Espanhola. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>. Acessado em 08 de outubro de 2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. Portaria 18 da Delegacia Geral de Polícia de 1998.

Disponível em: <http://www2.policiacivil.sp.gov.br/x2016/modules/smartsection/item.php?itemid=182>.
Acessado em 3 de outubro de 2012

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Fabris, 1996. 168 p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: RT-Revistas dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Mensalão: jornalismo justiceiro e publicidade opressiva.** Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/mensalao-jornalismo-justiceiro-e-publicidade-opressiva/>. Acessado em 20 de outubro de 2012

GOMES, Narjara Andrade. **A força normativa dos princípios e a distinção entre princípios e regras.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29193>. Acessado em: 29 de outubro de 2012.

GRECCO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – uma visão minimalista do direito penal.** 6ªed. Niterói : Editora Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interceptações e Gravações Clandestinas.** Novas tendências no direito processual. São Paulo: Forence, 1990.

GRINOVER, Ada Pelefrini. **O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas.** Revista brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 5, n. 17, jan/mar. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidade no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Estrutura lógica dos princípios constitucionais. Pós-positivismo jurídico e racionalidade argumentativa na reformulação conceitual da normatividade do direito**. Âmbito Jurídico. Disponível em : http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2326. Acessado em 24 de outubro de 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – parte geral**. 30ª ed, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

JUSTIÇA – Injustiça; A fabricação de uma acusação de infanticídio orquestrada por autoridades do Estado arrasa com a vida de uma jovem mãe solteira de modestas posses. São Paulo: Observatório das Violências Policiais. Disponível em: < http://www.ovp-sp.org/justica_injustica_daniele_mae.htm > Acessado em 3 de outubro de 2012

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira**. Âmbito Jurídico. Disponível em : <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8727&revista_caderno=3> Acessado em 5 de outubro de 2012.

MATTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão abstrata, função e característica de aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

MENDEL, Toby. **Liberdade de Informação: um estudo de direito comparado**. 2.ed. rev. e atual. Brasília, 2009. Disponível em: <http://portal.unesco.org/pv_obj_cache/pv_obj_id_B22C219DAF6058851ECDF4D761EF0695A8572200/filename/freedom_information_pt.pdf> Acessado em 25 de outubro de 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. SÃO Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Publicidade e Proporcionalidade na Persecução Penal Brasileira**. In: Sigilo no Processo Penal – Eficiência e Garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NACIF, Eleonora Range. **Mídia e processo penal**. Observatório da Imprensa. ed 622. 28 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a_midia_e_o_processo_penal__23316> Acessado em 28 de outubro de 2012

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev e atual com as Leis 1-0.352/2001 e 10.358/2001 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PARENTE, Eduardo de. **Jurisprudência da Divergência à Uniformização**. São Paulo: Editora Atlas. 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTUGAL. **Constituição**. Disponível em: < <http://dre.pt/pdf1sdip/2001/08/197A00/54525453.pdf> > Acessado em: 06 de março de 2011.

RIBEIRO Junior, Euripedes Clementino. **Punição pra publicidade opressiva é bem-vinda**. Conjur. Disponível em : < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/euripedes-clementino-punicao-pra-publicidade-opressiva-bem-vinda>> Acessado em 14 de outubro de 2012.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. **Hermenêutica e aplicação do Direito. Breves apontamentos sobre a interpretação jurídica no paradigma contemporâneo.** Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18553>>. Acessado em 26 de outubro de 2012

ROMANHOL, Fernanda Bella. **A influência da mídia no processo penal brasileiro.** Disponível em : <http://www.sudamerica.edu.br/arquivos_internos/publicacoes/Fernanda%20Bella.pdf> Acessado em 12 de outubro de 2012.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5328>>. Acessado em 29 de outubro de 2012.

SALGADO, Gustavo Vaz. **Comentários à Lei de Crimes Hediondos.** Disponível em: < <http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/art11.htm>> Acessado em 5 de outubro de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 426 p.

SEREJO, Bianca Moreira Serra. **Lei de Crimes Hediondo e Movimento da Lei e Ordem – justiça ou vingança ?** Disponível em : <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5000> Acessado em 13 de outubro de 2012.

SERPONE, Fernando. **Caso Maníaco do Parque.** Portal IG, 2 de junho de 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/crimes/caso-maniaco-do-parque/n1596992315299.html>> Acesso em 21 de outubro de 2012

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de Expressão e o Direito Penal no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: IBCCRIM, 2000.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVEIRA, Paulo Fernandes. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 388 p

TRINDADE, André Karam. **A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço sobre do “Seminário Bréscia e da discussão sobre Principia Iuris**. Disponível em : < <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/103111138.pdf>> Acessado em 13 de outubro de 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: RT Revista dos Tribunais, 2003.

VOGAS, Rosíris Paula Cerizze. **Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios**. Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12597>. Acessado em: 29 de outubro 2012.