

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Marília Campana Costella

O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: INTERVENÇÕES
MIDIÁTICAS NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

Passo Fundo
2012

Marília Campana Costella

O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE: INTERVENÇÕES
MIDIÁTICAS NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação da
professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

Passo Fundo
2012

Aos dois anjos que Deus colocou em minha vida,
meus pais, Angelo e Gelsy, por terem me dado a
oportunidade de nascer novamente, pelo amor
incondicional, pelas bases sólidas, por todo o apoio
e dedicação em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me estendido as mãos em todas as quedas.

À Universidade de Passo Fundo pela excelência na formação.

Ao professor e amigo, bel. Alcindo Batista da Silva Roque, por ter me concedido a honra de dividir o ambiente de trabalho e por compartilhar toda a sua sabedoria e experiência. Por toda a paciência, zelo e cuidado nessa trajetória ao longo dos últimos três anos.

A todos os colegas da Roque Advogados Associados S/S, pelo apoio e companheirismo.

À colega e amiga Elenara Marcolan, pelo apoio e por dividir comigo os momentos mais difíceis dessa trajetória.

À Caroline Campos Lima, *in memoriam*, por todos os bons momentos que compartilhamos.

A todos os colegas, amigos e familiares que acompanharam minha trajetória e que de alguma forma contribuíram para a concretização de mais uma etapa.

“Tanto a censura quanto a liberdade de imprensa são males, [...] a censura, é um mal menor do que as injúrias da imprensa”.

Karl Marx

RESUMO

Os princípios basilares do direito assumem grande importância para a preservação do Estado Democrático de Direito. Seria inconcebível um Estado nos moldes como se tem hodiernamente sem a presença dos princípios. Apesar de sua importância, não raras vezes estes entram em rota de colisão, situação em que se tem dois princípios aptos a regular a mesma situação fática e estes são incompatíveis entre si. Dentre a matéria de colisão de princípios fundamentais, dois deles entram em colisão de forma mais visível e corriqueira, quais sejam, o princípio da liberdade de expressão, tomada aqui no âmbito midiático, e o princípio do estado de não culpabilidade, atinente ao direito penal e processual penal. É inegável que a mídia exerce uma função social de grande relevância para a sociedade, da mesma forma que o estado de não culpabilidade constitui uma das maiores garantias relativas a pessoa do acusado. Tal colisão entre esses princípios ocorrem quando a mídia ultrapassa o seu dever ético de apenas repassar a informação e passa a exercer de forma exacerbada o papel de julgador dos fatos criminosos, formando juízos de convicção na cabeça dos receptores e proferindo prejulgamentos, que no mais das vezes, acaba por ferir o princípio do estado de não culpabilidade. Dessa forma tem-se uma problemática de difícil resolução, tendo em vista que ambos são princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, e devem ser observados no maior grau possível de aplicabilidade. Com apoio nesta problematização, utiliza-se como método de procedimento para a realização da presente pesquisa o método dedutivo, lastreando-se em referências bibliográficas. Com efeito, a busca de soluções para determinados conflitos constitui o objetivo maior do presente trabalho, em que se chega a três soluções possíveis, podendo dessa forma, ser utilizada a ponderação dos princípios através da análise do caso concreto; a compatibilização de institutos; ou a criação de uma espécie normativa apta a evitar que tais conflitos ocorram, e é esta última que prevalece, pois visa evitar a ocorrência de tais colisões.

Palavras-chave: Colisão de princípios. Culpabilidade. Liberdade de expressão. Mídia. Processo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 OS PRINCÍPIOS, O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....	11
1.1 Conceito de Princípio	12
1.2 Diferença entre princípios e regras.....	15
1.3 A função principal do princípio.....	21
1.4 A conflituosidade existente entre os princípios	22
1.5 Princípios no cenário penal e processual penal	25
2 O DIREITO DE EXPRESSÃO CONSTITUCIONALIZADO	37
2.1 Historicidade da mídia.....	38
2.2 O direito de expressão como direito fundamental	50
2.3 A notícia como função social	60
3 A ÉTICA JORNALÍSTICA NO PROCESSO PENAL	67
3.1 O poder de difusão da notícia	68
3.2 O julgamento imparcial frente aos casos expostos na mídia	79
3.3 Movimentos por um processo democrático	93
CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

Os princípios basilares do direito se revelam hodiernamente como uma fonte primordial para a constituição de uma sociedade mais justa e mais humanizada. Sem a presença deles não se pode conceber a ideia de um Estado Democrático de Direito. Todos os direitos e garantias fundamentais partem de um princípio, que deve ser observado diante de todas as situações jurídicas que se apresentam ao operador do direito, conquanto a sua não observação e aplicação de forma correta retira o *status* do indivíduo como tal, e promove o caos e a insegurança frente ao ordenamento jurídico.

Apesar do caráter absoluto que *a priori* revestem os princípios, não são raros os casos em que estes entram em colisão, momento em que se tem dois princípios antagônicos incidentes ao mesmo caso em concreto. Dessa forma, quando surge a problemática da colisão entre princípios, se deve buscar uma forma de solução que melhor atenda o bem jurídico que está em jogo, bem como os interesses da sociedade.

Os princípios a serem tratados no presente trabalho são basicamente o da liberdade de expressão e o do estado de não culpabilidade, que constantemente entram em colisão, e por tratarem de bens jurídicos de grande relevância, exigem uma análise mais apurada e cautelosa na busca pela solução da colisão de tais princípios.

O princípio da liberdade de expressão constitui uma garantia tanto aos órgãos midiáticos, os quais são dotados do dever de informar, quanto aos cidadãos, que tem o direito de serem informados. Com a inexistência de tal princípio, os indivíduos ficariam alheios aos acontecimentos da sociedade e vulneráveis ao arbítrio estatal.

No que diz respeito ao princípio do estado de não culpabilidade, este constitui uma garantia suprema para o acusado de uma prática delituosa de ter assegurada a sua integridade física e psíquica, e de não ser estigmatizado como culpado antes do advento de uma sentença penal condenatória que tenha transitado em julgado.

O assunto assume relevância na medida em que se tem em jogo dois princípios basilares do direito, ambos consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, positivados na Constituição Federal de 1988, e sendo os princípios revestidos de caráter absoluto, torna-se de difícil resolução da problemática da colisão entre dois princípios fundamentais.

Dessa forma, a problemática reside na ocorrência de colisão entre estes dois princípios, em auferir a existência do caráter antagônico entre estes e em que proporção a colisão se evidencia. Ademais, o problema em questão também reside na forma de

tratamento destes princípios, a medida que *a priori*, são revestidos de caráter absoluto, e devem ter sua aplicação em seu grau máximo. Assim, evidencia-se o problema acerca de auferir a possibilidade de compatibilizar a existência de uma colisão entre princípios, sem que cada um perca a sua essência. Consoante esse propósito, utiliza-se como método de procedimento para a realização do presente trabalho o método dedutivo, com base em referências bibliográficas.

Vale dizer que o presente trabalho foi elaborado em razão de uma irresignação da autora, ao ver cotidianamente estampado na capa de revistas, jornais e meios televisivos, os prejulgamentos feitos pelos órgãos midiáticos, o sensacionalismo utilizado na forma de veiculação das matérias atinentes aos fatos delituosos, e a estigmatização imposta aos acusados da prática de um crime, instigando-a assim, a proceder um estudo sobre o tema a fim de revelar a possibilidade ou não deste tipo de intervenções midiáticas, e da busca de uma solução hábil a fazer cessar o jornalismo desenfreado e corrosivo acerca dos casos delituosos expostos na mídia.

Assim, o objetivo do presente trabalho consiste em auferir a possibilidade da intervenção midiática na forma como se tem atualmente e em buscar soluções hábeis a resolução dos conflitos entre os dois princípios aqui tratados, a fim de que nenhum deles seja dizimado em razão do outro.

Neste contexto, no primeiro capítulo será abordada a conceituação de princípios, juntamente com a sua diferenciação das regras, para que se possa tratar posteriormente dos princípios na forma como estes realmente se revestem, a fim de que não haja equívoco de tratamento entre regras e princípios, passando por uma análise acerca da função principal e social do princípio, para que após isso se esteja apto a estudar o tema da conflituosidade entre os princípios basilares do direito. Também se irá discorrer brevemente acerca do princípio da proporcionalidade, com o intuito de melhor conhecê-lo para que possa ser utilizado no ponto em que se tratará especificamente das possibilidades de solução da conflituosidade, e por fim, se procederá a uma exposição dos princípios penais e processuais penais em sua essência a fim de que, em um próximo momento se possa tecer considerações acerca da violação ou não dos princípios referentes ao direito penal e processual penal, em especial o do estado de não culpabilidade.

O segundo capítulo remete o leitor a uma abordagem histórica da mídia, desde o seu surgimento até os dias atuais, revelando desde as formas mais arcaicas de veiculação da notícia até as mais modernas. A par disso, será possível proceder o estudo acerca da liberdade de expressão como direito fundamental e todas as decorrências concernentes à

elevação desta à categoria de princípio basilar do direito, bem como a função social que esta exerce na sociedade atual.

No terceiro e último capítulo se tratará da liberdade de expressão midiática sob um viés ainda não analisado anteriormente, qual seja, o seu caráter negativo, qual seja, de emitir notícias tendenciosas e sensacionalistas aptas a satisfazer apenas os interesses econômicos dos órgãos de comunicação. Após isso, se abordará essa influência negativa da mídia no âmbito penal e processual penal, ou seja, a influência que esta exerce no intelecto do indivíduo, formando juízos de convicção errôneos, realizando prejulgamentos e proferindo veredictos como se verdade absoluta fosse. Por fim se passará a expor as soluções possíveis que foram encontradas através da pesquisa para a resolução de tais conflitos, para, posteriormente, em sede de conclusão, se auferir e afirmar qual das soluções se revela com maior aptidão para a resolução da problemática posta em questão.

Com efeito, o presente trabalho remeterá o leitor a uma reflexão crítica acerca da colisão de princípios, em especial o da liberdade de expressão e o do estado de não culpabilidade, em que se provocará a formação de um juízo de convicção, por vezes dissonante do apresentado.

Desvelados os objetivos e traçados os capítulos, passa-se à discussão da temática propriamente dita.

1 OS PRINCÍPIOS, O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Os princípios atualmente funcionam como elemento norteador e garantidor de toda a estrutura jurídica de um Estado Democrático de Direito. Não importa dizer, contudo, que os princípios antecedem ao Estado, e sim que exercem papel fundamental na estruturação deste.

Assim sendo, os princípios podem ser como tais considerados quando positivados em uma Constituição, explícita ou implicitamente, atuando como diretrizes de todo um sistema jurídico, dotados de um *status* garantidor tanto da soberania do Estado, como dos direitos dos cidadãos.

Nesse passo, a importância do estudo dos princípios no presente capítulo se dá em razão da sua fundamentalidade para o ordenamento jurídico, de forma que não se pode discorrer acerca dos princípios em espécie e sobre a problemática da colisão entre eles sem antes os conceituar de forma adequada.

Posteriormente se passará à reflexão de forma não-exaustiva acerca das diferenças conceituais entre princípios e regras, a fim de que se obtenha uma melhor compreensão do conceito de princípio, sua abrangência e aplicabilidade.

Diante do tema proposto, não se pode deixar de abordar a conflituosidade existente entre os princípios, e, da mesma forma, a sua função social, matéria de grande importância haja vista a periodicidade cada vez mais apurada com que enfrentamos situações de conflitos e colisões entre princípios, o que constitui, inclusive, o cerne do presente trabalho.

Feitas estas considerações, passa-se à análise dos princípios penais e processuais penais em espécie, enquanto normas de direitos fundamentais, e o estudo dos bens jurídicos por eles tutelados.

1.1 Conceito de princípio

“A palavra princípio vem do latim *principium* e tem significação variada, podendo dar a ideia de começo, início, origem, ponto de partida, ou, ainda, a ideia de verdade primeira, que serve de fundamento, de base para algo”. (BORGES, 2010, p. 249).

Com efeito, através da interpretação do conceito de princípio feita à luz do sentido etimológico da palavra, poder-se-ia dizer que este constitui o cerne do ordenamento jurídico, e que deve servir de base para a criação e aplicação de todas as demais legislações.

Nos tempos atuais os princípios gozam de importância e essencialidade única no ordenamento jurídico brasileiro. É neles que se encontram, de forma positivada, seja explícita, seja implicitamente, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Contudo, diz-se atualmente, em decorrência da análise dos fatos históricos e sua correlação com Direito, que nem sempre lhes foi dada a devida importância.

“Inicialmente, os princípios não tinham força de norma jurídica. Eram exortações de ordem moral ou política [...], sugestões, idéias de direção”. (ROTHENBURG *apud* FAZOLI, 2007, p. 13).

Conforme Carlos Eduardo de Freitas Fazoli:

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais e, *a fortiori*, os princípios jurídicos não apresentavam efetividade em função do “não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata”. (BARROSO; BARCELOS, *apud* FAZOLI, 2007, p.13-14).

Em verdade, somente com o passar do tempo e com a evolução do Direito é que os princípios deixaram de ser apenas orientações para se tornarem comandos revestidos de efetividade e juridicidade, alcançaram, destarte, o patamar de verdadeiras normas com eficácia jurídica, as quais devem ser obedecidas por todos para que haja a satisfação dos direitos subjetivos. (BARROSO; BARCELOS, *apud* FAZOLI, 2007, p. 14).

Como se viu, os princípios no ordenamento jurídico brasileiro são relativamente novos, o que enseja a elaboração e estudo de uma vasta gama de teorias acerca da sua

existência, da sua conceituação e de seus modos de aplicabilidade, conforme há de se verificar mais adiante.

Miguel Reale assevera que “toda a forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem o dado campo do saber”. (1991, p. 299).

Miguel Reale vai ainda mais além ao afirmar que:

Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (1991, p. 299).

Com efeito, de acordo com o asseverado por Leila Eliana Hoffmann Ritt, os princípios seriam considerados o cerne de um sistema jurídico, tendo em vista que representam valores supremos eleitos pela sociedade. A normatividade, ainda segundo a autora, seria sua característica – dos princípios – mais marcante, conquanto, são tidos como uma espécie do gênero norma jurídica. (2007, p. 5).

No que diz respeito à conceituação de princípios é imprescindível recordar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (2002, p. 807-808).

Convém ressaltar, porém, que quanto à definição de princípios no âmbito do Direito, não se tem uma unanimidade dos doutrinadores acerca dos critérios utilizados. Muito embora a maioria dos doutrinadores chegue a um denominador comum no que diz respeito ao conceito de princípios, os meios utilizados para chegar a tal fim diferem de

acordo com a posição adotada por cada doutrinador. Dentre tais critérios podem ser citados os mais utilizados que seriam os da fundamentalidade, abstração e hierarquia. (BORGES, 2010, p. 248).

José Joaquim Gomes Canotilho trata dos princípios sob várias tipologias, contudo, o que interessa ao presente trabalho é a tipologia adotada sob a denominação de Princípios Jurídicos Fundamentais, segundo a qual:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem a ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração conhecimento e aplicação do direito positivo. (1993, p. 171).

Consoante Roque Antônio Carrazza:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes de Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (2002, p. 33).

Paulo Bonavides, ao citar os ensinamentos de Luís-Diez Picazo e F. de Castro assevera que “os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. (2011, p. 256).

Norberto Bobbio dispõe que “os princípios gerais são apenas, [...] normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. (1994, p. 158). Refere ainda que não há dúvidas de sua parte acerca de que os princípios seriam espécie do gênero normas, posição esta também sustentada por Crisafulli. (1994, p. 158).

José Afonso da Silva também traz sua definição de princípios, segundo a qual “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”. (2008, p. 92).

Não se pode olvidar as lições do ilustre doutrinador Robert Alexy, segundo o qual:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (2011, p. 90).

Em verdade, apesar de não haver uma unanimidade entre os doutrinadores, suas definições de princípios são muito próximas quando se afora que os conceitos por eles formulados, muitas vezes se confundem e se mesclam, mesmo que auferidos por critérios diferentes.

Dessa forma, depreende-se que os princípios tem grande importância dentro do ordenamento jurídico, sustentando-o e trazendo consigo os valores fundamentais da sociedade, servindo como parâmetro para a criação e aplicação de regras a cada caso concreto.

1.2 Diferença entre princípios e regras

A diferenciação entre os princípios e as regras é tema de grande complexidade na doutrina jurídica, gerando acalorados debates acerca da inclusão destas espécies no gênero norma ou não. Cumpre assim, em princípio, tecer algumas considerações acerca do conceito de norma.

De acordo com José Afonso da Silva:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. (2008, p. 91).

Razão pela qual é preciso compreender os tipos de norma.

“O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. (REALE, 1991, p. 95).

Paulo Dourado de Gusmão também tece considerações acerca do conceito de norma, senão vejamos:

É a proposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc.), garantida pelo poder público (direito interno) ou pelas organizações internacionais (direito internacional). Proposição que pode disciplinar ações ou atos (regras de conduta), como pode prescrever tipos de organizações, impostos, de forma coercitiva, provida de sanção. Tem por objetivo principal a ordem e a paz social e internacional. (2008, p. 79).

Muito embora não compartilhe do mesmo entendimento de que princípios e regras são espécies do gênero norma, Miguel Reale afirma que “o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. (1991, p. 95).

Luiz Fernando Calil de Freitas, comentando a ideia de José Joaquim Gomes Canotilho assevera que:

A norma constitucional, assim como qualquer norma jurídica, é geral e abstrata, somente adquirindo normatividade quando reveste o caráter de decisão, seja pela criação de uma disciplina regulamentadora estabelecida em ato legislativo, seja pela via de uma sentença ou decisão judicial; seja, por fim, através da prática de atos legislativos. A importância do papel desempenhado pelos agentes do processo de concretização é imensa desde logo e sempre porque é em tal atividade que a norma entra em contato com a realidade; em relação a norma constitucional, tal tarefa cresce de significado e relevância, dado seu caráter aberto, altamente indeterminado e polissêmico. (2007, p. 21).

Em linhas gerais, as normas seriam preceitos ou proposições normativas aptas a prescreverem direitos ou deveres com o fim de manter o equilíbrio da sociedade em que vivemos. Ditam ações ou omissões, para que a sociedade possa conviver harmonicamente.

Assim sendo, após feita uma breve explanação acerca do conceito de norma, mister se faz o estudo acerca da diferenciação entre as suas duas espécies, ou seja, princípios e regras.

Muito embora não haja uma unanimidade a respeito do tema proposto, existe uma grande corrente que defende, atual e acertadamente, que regras e princípios são espécies do gênero norma.

Conforme assevera Robert Alexy, a distinção entre princípios e regras seria a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais, servindo de base para a fundamentação acerca dos direitos fundamentais e constituindo uma espécie de solução para os problemas relacionados à dogmática dos direitos fundamentais. (2011, p. 85).

A importância da distinção entre princípios e regras é trazida à lume pela doutrina de Robert Alexy, ao afirmar que:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. (2011, p. 85).

Ademais, Robert Alexy demonstra explicitamente a sua adoção pela teoria de que princípios e regras fazem parte de um todo maior denominado normas:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (2011, p. 87).

José Joaquim Gomes Canotilho também compartilha do mesmo entendimento exarado por Robert Alexy, ao afirmar que “as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob sua forma de regras”. (1993, p. 165).

Com efeito, “regras e princípios são duas espécies de normas, e, conseqüentemente, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”. (CANOTILHO, 1993, p. 166).

No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Fernando Calil de Freitas, ao afirmar que “distinção entre princípios e regras são apresentados a partir da ideia de que ambas as

categorias são normas jurídicas, e, como tal, podem ser formuladas em expressões de tipo que obriga, permite ou proíbe algum comportamento”. (2007, p. 29).

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a distinção a ser feita entre as duas espécies de norma é uma tarefa complexa, tendo em vista os vários critérios aptos a diferenciá-las, apontando, dentre eles, o do grau de abstração, o de determinabilidade, o do carácter de fundamentalidade no sistema, o da proximidade da ideia de direito e o da natureza normogénica. (1993, pg. 166).

Dessa forma, os critérios estabelecidos por José Joaquim Gomes Canotilho seriam assim determinados:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislado? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Caracter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na ideia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- f) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. (1993, p. 167).

Para Robert Alexy, o critério da generalidade importa dizer que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. (2011, p. 87).

Consoante o asseverado por Luiz Fernando Calil de Freitas:

Os princípios estabelecem obrigações *prima facie*, que podem ceder gradualmente a argumentos em sentido contrário, enquanto as regras instituem obrigações definitivas que são ou não integralmente aplicadas conforme se verifiquem seus pressupostos. (2007, p. 29).

Quem muito bem leciona acerca da diferenciação entre regras e princípios quanto ao critério da abstração é Carlos Eduardo de Freitas Fazoli, senão vejamos:

Postas essas premissas, verificamos que os princípios possuem uma “estrutura aberta” [...], “têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações” [...]. Já as regras possuem uma “estrutura fechada” [...], a qual contém um mandamento e o seu respectivo conseqüente. “As regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações às quais se dirigem” [...]. Nestas, os modais deônticos obrigatório, proibido ou permitido estão sempre presentes. (2007, p. 19).

Apesar de sofrer críticas de Ronald Dworkin e demais doutrinadores por ter de certa forma ignorado os princípios em sua obra, Herbert Lionel Adolphus Hart, ainda assim, afirma existirem pelo menos dois aspectos que distinguem os princípios das regras, senão vejamos:

O primeiro é uma questão de grau: os princípios são relativamente às regras, extensos, gerais ou não específicos, no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado como um número de regras diferentes pode ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio. O segundo aspecto reside em que os princípios, porque se referem mais ou menos explicitamente a um certo objetivo, finalidade, direito ou valor, são encarados, a partir de um certo ponto de vista, como desejáveis de manter ou de ser objeto de adesão, e por isso, não apenas enquanto capazes de fornecer uma explicação ou fundamento lógico das regras que os exemplificam, mas também, pelo menos, enquanto capazes de contribuir para a justificação destas. (2005, p. 322).

Ademais, Herbert Lionel Adolphus Hart ao citar Ronald Dworkin refere que:

Os princípios jurídicos, segundo Dworkin, diferem das regras porque têm uma dimensão de peso, mas não de validade, e, por isso, sucede que, em conflito com outro princípio de maior peso, um princípio não pode ser afastado, não logrando determinar a decisão, mas não obstante, sobreviverá intacto para ser utilizado noutros casos em que possa prevalecer, em concorrência com qualquer outro princípio de menor peso. Por outro lado, as regras ou são válidas ou inválidas, mas não tem esta dimensão de peso; por isso, se entrarem em conflito, como inicialmente se referiu, apenas uma delas pode ser válida, segundo Dworkin, e uma regra que perca em concorrência com outra deve ser reformulada, de forma a torná-la coerente com a sua concorrente e, conseqüentemente, inaplicável ao caso dado. (2005, p. 323).

Assim, Herbert Lionel Adolphus Hart entende que o aspecto distintivo entre regras e princípios seria uma questão de grau, não compartilhando do mesmo entendimento de Dworkin, conforme afirma de forma explícita:

Por isso, para Dworkin, o direito abrange não só as regras de tudo ou nada, como também os princípios não conclusivos, e ele não pensa que esta diferença entre eles seja uma questão de grau. Mas eu não acho que a posição de Dworkin possa considerar-se coerente. (2005, p. 324).

Apesar dos debates entre doutrinadores acerca dos diversos critérios utilizados para a distinção entre regras e princípios e da inclusão ou não destes no gênero norma, Robert Alexy, afirma ser o critério da generalidade utilizado com mais frequência, contudo, afirma que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não de grau, no mesmo sentido em que afirma José Joaquim Gomes Canotilho. (2011, p. 87).

Cumprindo ainda colacionar a distinção feita por Ronald Dworkin acerca do tema ora estudado:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui a decisão. [...]os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (2002, p. 38).

É óbvio, pois, que os princípios possuem um caráter *prima facie* do qual as regras não dispõem, gozando de diferentes graus de aplicabilidade de acordo com as possibilidades reais e jurídicas que enfrentam, sendo exercidos de maneiras mais expressivas do que as regras, de forma que os seus efeitos irradiam para outros ramos do direito e vinculam a atuação dos entes públicos no momento de criação, aplicação ou

interpretação das leis, e ainda, no suprimento das lacunas das leis. (BORGES, 2010, p. 262).

Em linhas gerais, os pontos mais marcantes no que diz respeito à diferenciação consistem na maior abstração, no maior âmbito de abrangência e no grau de fundamentalidade dos princípios em relação às regras. Desta feita, sendo as regras e os princípios duas espécies do gênero norma, cumpre observar que estas duas espécies não se confundem, em que pese terem pontos em comum capazes de ensejar larga discussão doutrinária.

1.3 A função principal do princípio

Após a conceituação de princípio e sua diferenciação das regras, torna-se importante o estudo acerca da função daqueles, a fim de que o aplicador do direito possa situar-se no ordenamento jurídico e proceder à aplicação dos princípios de forma correta, do contrário, de nada adiantariam as exposições feitas alhures.

De acordo com Paulo Bonavides os princípios passaram de antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos passados, para fonte primária de normatividade, estruturando a ordem jurídica e fixando os valores supremos da sociedade, contendo em seu bojo direitos, garantias e competências da sociedade que os adota. (2011, p. 283).

Assim sendo, os princípios são normas que contém em sua estrutura direitos e garantias fundamentais, exercendo função primordial no direito e na sociedade que os adota. São destarte utilizados como base de todas as questões pertinentes à ordem jurídica, podendo ser aplicados sozinhos, em consonância com as regras e até mesmo em detrimento destas.

No tocante as funções dos princípios, Paulo Bonavides afirma serem três de fundamental importância, senão vejamos:

Preenchem eles três funções de extrema importância, reconhecidas precursoramente pelo jurista espanhol F. De Castro, que, “antecipando-se genialmente à Dogmática alemã”, conforme assinalou Valdés, assim as compendiou: a função de ser “fundamento da ordem jurídica”, com “eficácia derogatória e diretiva”, sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo; a seguir, a função orientadora do trabalho

interpretativo e, finalmente, a de “fonte em caso de insuficiência da lei e do costume”, sendo a segunda e a terceira as mais antigas e tradicionais, sobretudo a última, que em grande parte remonta àquela época em que ainda preponderava, segundo palavras de Norberto Bobbio, o entendimento – naturalmente equivocado – de que os princípios não são normas nem, tampouco, redutíveis a normas, e “portanto uma entidade qualitativamente diversa das normas (gerais e especiais)”. (F. DE CASTRO; VALDÉS; BOBBIO apud BONAVIDES, 2011, p. 283-284).

Em decorrência do exposto se tem que os princípios atualmente atuam expressivamente no ordenamento jurídico, devendo serem observados pelos doutrinadores, juristas e operadores do direito como forma de garantir à sociedade uma existência justa e organizada, livre das arbitrariedades do Estado.

1.4 A conflituosidade existente entre os princípios

Diante da amplitude conferida aos princípios, conforme visto alhures, não é raro que haja conflitos entre eles. Seguidamente o aplicador do direito irá se deparar com situações fáticas antagônicas em que dois ou mais princípios estejam em jogo, momento no qual deverá buscar o melhor meio de resolução do conflito.

Cumprindo observar, contudo, que a terminologia conflito se mostra equivocada, uma vez que esta se refere às regras. No que diz respeito aos princípios o termo mais adequado seria colisão, entretanto, não iremos nos ater à essas terminologias conquanto esse equívoco é cometido por vários doutrinadores, inclusive Robert Alexy, introdutor da teoria dos direitos fundamentais.

Os aplicadores do direito devem sempre ter em mente que “os princípios jurídicos nunca se apresentam de forma isolada. Devem ser analisados em conjunto com outros que com ele irão interagir”. (CARRAZZA apud FAZOLI, 2007, p. 22).

Dessa forma, “é amplamente majoritária a consciência, detida mesmo pelo leigo, no sentido de que direitos, sejam eles quais forem, não se devem ter por absolutos nem estão imunes a limitações e restrições”. (FREITAS, 2007, p. 16).

De acordo com Robert Alexy, “se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder”. (2011, p. 93).

Acerca da colisão entre princípios discorre Karl Larenz:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. (1983, p. 491).

Não importa dizer, contudo, que um princípio deva se anular completamente perante o outro, objeto da colisão, e sim que estes devam ceder, cada qual em sua parte, a fim de que se chegue ao melhor resultado possível para a solução do caso concreto sem afronta a um ou outro princípio.

É nesse sentido que Robert Alexy entende que devam ser solucionadas as colisões entre princípios, senão veja-se:

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “*por si só*, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. (2011, p. 95).

Ou seja, os deveres de otimização somente irão se realizar nos casos concretos, quando for possível efetivamente se realizar a ponderação dos princípios em colisão.

“Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização pois eles contém apenas exigências ou standards, que em primeira linha (*prima facie*) devem ser realizados”. (CANOTILHO, 1993, p. 168).

Muito bem explanada a posição de Robert Alexy, acerca da consequência normativa de conflitos:

Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele devesse ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma

que, nos casos concretos, os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência”. (2011, p. 93).

Dessa forma, quando o conflito ocorre entre princípios, a sua solução é dada com base em dimensões de peso, e não causam a exclusão do princípio que não pode ser aplicado em face de outro, porque em relação à outro caso concreto, este princípio pode estar dotado de maior peso que outro que se apresenta conflitante.

Cumpra aqui tecer breves considerações acerca do princípio da proporcionalidade. Destarte, tem-se que o princípio da proporcionalidade constitui um princípio implícito em nosso ordenamento jurídico, do qual se lança mão quando se tem uma situação fática de difícil resolução, mais comum nos casos em que haja colisão de direitos.

Toda a ação judiciária deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que este previne excessos e proporciona a análise de um caso concreto de forma a garantir o direito de forma ponderada.

De acordo com o proferido por Robert Alexy, tem-se que:

Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. (2011, p. 593).

Dessa forma, através da proporcionalidade se pode solucionar os conflitos existentes no âmbito do direito. Cumpra observar que esta não é tida como a única forma de solução, mas grande parte dos doutrinadores entendem ser uma espécie bastante eficaz no tocante a solução dos conflitos entre princípios.

Nesse sentido são os ensinamentos de Luiz Fernando Calil de Freitas ao referir que “a efetivação de qualquer afetação desvantajosa aos direitos fundamentais deve observar sempre o princípio da proporcionalidade”. (2007, p. 205).

Ademais, cabe trazer à lume as palavras proferidas por Gilmar Ferreira Mendes, o qual é citado por Luiz Fernando Calil de Freitas:

Conforme afirma Mendes, possivelmente o tema do controle jurisdicional da inconstitucionalidade material por excesso de poder legislativo seja dos mais tormentosos na atualidade. É justamente esse controle que se faz com emprego do princípio da proporcionalidade, de molde a que, por intermédio de sua aplicação, se estabeleça judicialmente a aferição da adequação constitucional da discricionariedade legislativa quanto à liberdade de conformação, designadamente quando tal exercício de poder afeta desvantajosamente direitos fundamentais. (2007, p. 206).

Assim, em poucas palavras depreende-se a importância da ponderação no âmbito de colisão entre princípios. Ademais, seu uso é irrestrito e até recomendado às demais situações com que o direito hodierno se depara.

Com efeito, de acordo com a doutrina apresentada, tem-se que a melhor solução para as colisões entre princípios seria a da ponderação, e, assim sendo, a aplicação de um ou outro princípio se daria de acordo com a situação fática em questão.

1.5 Princípios no cenário penal e processo penal

Conforme se depreende do que foi visto alhures, o ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas, que se subdividem em regras e princípios. O conjunto de direitos e garantias fundamentais do indivíduo é visto agora com ênfase no direito penal e processual penal, do qual passaremos a analisar seus princípios de maior importância.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci “o ser humano nasce livre e detentor de direitos individuais fundamentais, cujo arcabouço forma o cenário ideal para o seu desenvolvimento e aprimoramento pessoal”. (2010, p. 7).

Ainda de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

O ordenamento jurídico, em nível constitucional, prevê um conjunto de direitos e garantias humanas fundamentais, no cenário penal e processual penal, constituindo uma série de princípios indispensáveis ao correto funcionamento do aparato repressor estatal. Não se pode alçar a lei ordinária em posição superior à norma constitucional, em particular, quando esta representa um princípio, paradigma a ser observado pelo legislador e pelo operador do Direito. Eis o motivo pelo qual se deve cultivar a prevalência da Constituição Federal sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional, aceitando-a como Carta Magna do Estado Democrático de Direito e buscando, em seus princípios, a face *humanizada* do Direito Penal. A partir disso, a punição somente se legitima nos estreitos caminhos eleitos pela legislação, respeitando-se os postulados

essenciais do Processo Penal, com vistas a atingir, igualmente, o semblante humanizado da Justiça Criminal. (2010, p. 7).

Nesse passo, é revelada pelo autor a extrema importância dos princípios penais e processuais penais para a manutenção da ordem e do equilíbrio de um Estado Democrático de Direito.

Os princípios atuam, destarte, como garantia, tanto do Estado como dos cidadãos, de que as sanções por atos ilícitos somente serão aplicadas de acordo com a Constituição Federal e seus princípios, sem que se corra o risco de voltar aos primórdios da humanidade em que a justiça era feita ao bel prazer do Estado ou do Soberano.

“Como regra, os princípios protegem os direitos fundamentais, e servem de estrutura para as garantias fundamentais”. (NUCCI, 2010, p. 36).

Da análise dos princípios de direito penal e processual penal que será visto mais adiante, infere-se que estes servem mais ao amparo do cidadão, tendo-os como princípios garantistas, visando a proteção dos acusados para que estes tenham asseguradas todas proteções a fim de evitar arbitrariedades do Estado.

No mesmo sentido é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Por derradeiro, em nosso entendimento, todos os princípios garantistas, que regem as matérias de penal e processo penal, diretamente vinculados aos mais relevantes valores humanos, são sempre princípios, na mais pura acepção, não se confundindo com meras regras ou normas. (2010, p. 37).

E assim o é, tendo em vista que os princípios penais e processuais penais se relacionam intimamente com os bens jurídicos de maior relevância tutelados pelo direito, e se contrário fosse, constituiria um retrocesso, voltando-se aos moldes do sistema inquisitorial.

Guilherme de Souza Nucci afirma ainda que:

A ideia de valorização e supremacia dos princípios constitucionais penais e processuais penais deve ser enaltecida e lançada como meta para a composição com as demais normas do sistema. Nesse entrelaçamento, o império a ser construído depende da fiel observância dos comandos mais importantes, encarnados pelos princípios. (2010, p. 37).

Com efeito, a observância desses preceitos relativos aos princípios penais e processuais penais, deve se dar no maior nível possível, para que assim se garanta a intenção do legislador constitucional em exercer ampla proteção aos acusados.

Feitas essas considerações, passemos a análise dos princípios em espécie, deixando claro que, da vasta gama de princípios penais e processuais penais, serão abordados aqui, somente os de maior relevância para o presente trabalho, não importando dizer que os demais princípios aqui não mencionados, não detém a mesma importância que os demais.

Oportuno iniciar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tido como um dos mais relevantes, não somente na seara penal como também em todos os demais ramos do direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana “trata-se, sem dúvida, de um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial”. (NUCCI, 2010, p. 39).

Tão grande é a importância emprestada a tal princípio, que este encontra-se positivado já no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, senão veja-se:

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; [...].

Tal princípio constitui o cerne sobre o qual se baseiam todos os demais princípios, e é na esfera penal que este assume maior relevância, tendo em vista que a sua não observância neste âmbito pode levar à barbáries e execração dos acusados. Ademais, todos os outros princípios que serão citados a seguir restariam prejudicados.

Assim sendo, para a preservação da dignidade do ser humano, os direitos e garantias individuais devem ser estritamente observados, não surpreende, assim, que este princípio seja o alicerce do Estado Democrático de Direito, de forma que sua observância torna-se imperativa em qualquer âmbito do Direito, inclusive no âmbito penal e processual penal. (NUCCI, 2010, p. 40).

Mais precisamente no âmbito processual penal, “vale ressaltar a preocupação que se deve cultivar para a preservação de bases mínimas de sobrevivência digna do ser humano, ainda que réu e condenado por delito grave, no cárcere”. (NUCCI, 2010, p. 45).

Essa é a real expressão do princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal. Mesmo que o indivíduo tenha praticado o crime, nada justifica o seu tratamento degradante. “A sociedade não pode vituperar seus próprios membros, autores de erros inequívocos, mas que merecem castigo adequado e proporcionalmente aplicado em relação à infração penal cometida”. (NUCCI, 2010, p. 45).

Guilherme de Souza Nucci vai ainda mais além ao afirmar magistralmente que:

O cultivo do prazer vingativo, muito embora possa constituir fator ligado à personalidade de vários indivíduos, não deve converter-se em objetivo do Estado, ente perfeito e abstrato, fomentador do Direito e da Justiça, sempre imparcialmente cultuados e aplicados. Se época houver em que os agentes do Estado passarem agir desgovernadamente, com ânimo de vingança e prazer sádico de ferir e lesar aquele que, porventura, fez o mesmo a seu semelhante, não mais se poderá falar em Estado Democrático de Direito e muito menos em respeito à dignidade da pessoa humana. (2010, p. 46).

De modo geral, o princípio da dignidade da pessoa humana, consoante observado, constitui garantia máxima ao indivíduo, de preservá-lo na medida de conferir-lhe uma existência digna, não o submetendo em nenhuma hipótese à situações degradantes.

A dignidade da pessoa humana é um dos maiores, senão o maior bem tutelado pelo direito, e com acerto, conquanto o ser humano desprovido da proteção que o princípio da dignidade lhe confere, tornaria-se um fantoche nas mãos do Poder Estatal.

Com isso, passa-se à análise do princípio do devido processo legal. Este, encontra-se positivado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV:

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:

[...]

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

[...].

Em suma, tal princípio refere-se à garantia conferida a todos os cidadãos de, em caso de litígios, gozarem de um processo legal regido por normas de direito que assegurem

as garantias fundamentais do indivíduo, passando longe das arbitrariedades do Poder Estatal.

O direito a responder um processo nos moldes em que se encontra insculpido nos códigos e na Constituição Federal proporciona ao indivíduo segurança jurídica, ao saber que só será condenado ou absolvido após todos os trâmites de um processo penal regular, voltado para a obtenção da verdade real.

Referido princípio teria sua origem na Magna Carta de 1212, que remonta à época autoritária da Inglaterra, em que se buscava uma proteção aos desmandos do rei, com o fundamento de que deveria prevalecer a vontade da sociedade em detrimento da vontade do soberano. (NUCCI, 2010, p. 62).

O processo penal é revestido de todas as formas e instrumentos hábeis a reconstituir o fato delituoso com a maior precisão possível, e com a proteção de todos os direitos e garantias fundamentais para que no andamento deste processo o acusado não seja molestado e nem posto ao arbítrio do Poder Estatal.

Consoante José Afonso da Silva:

Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”. (FREDERICO MARQUES *apud* SILVA, 2008, p. 432).

De acordo com Rosemiro Pereira Leal citado por Edilson Mougenot Bonfim, o princípio do devido processo legal constitui em suma uma “garantia de que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade (*nullus actum sine lege*), ou seja, o rigor de obediência ao previamente estabelecido em lei”. (2010, p. 71).

Dessa forma, todos os passos do processo tem previsão legal, e a inobservância de tais procedimentos e formas constitui afronta ao princípio da legalidade. Tudo foi devidamente estruturado a fim de garantir, tanto para a sociedade a aferição de que o acusado é realmente culpado e com isso passe a cumprir sua pena, quanto para o acusado, que tem garantida a observância de todos os procedimentos a fim de lhe possibilitar uma defesa justa.

Edilson Mougenot Bonfim assevera ainda que “a cláusula do devido processo legal estabelece a garantia do acusado de ser processado segundo a forma legalmente prevista, reconhecendo no processo penal, além de sua instrumentalidade, também sua natureza constitucional”. (2010, p. 72).

Guilherme de Souza Nucci discorre acerca da forma de efetivação do princípio em questão, senão veja-se:

A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores de Direito Penal e do Processo Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente. A comunhão entre os princípios penais (legalidade, anterioridade, retroatividade benéfica, proporcionalidade etc.) e os processuais penais (contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade etc.) torna efetivo e concreto do devido processo legal. (2010, p. 63).

Com efeito, o princípio do devido processo legal somente se concretiza com a observância dos demais princípios penais e processuais penais. É com a observância de todos eles que se pode garantir de forma justa um processo adequado e voltado para a verdadeira concretização da justiça.

Não se pode falar em princípio do devido processo legal sem falar dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que estes são corolários daquele.

É o que assevera Guilherme de Souza Nucci:

No campo processual, o devido processo legal desenha-se em vários setores como supedâneo dos inúmeros direitos e garantias fundamentais para amparar o indivíduo, quando suspeito ou acusado pelo Estado. Logo, seus mais visíveis princípios consequenciais são a ampla defesa e o contraditório. Porém, todos os demais princípios constitucionais processuais penais integram a sua órbita de ascendência. (2010, p. 64).

Tais princípios – contraditório e ampla defesa – foram instituídos como forma de garantir ao acusado trazer aos autos tudo o que julgar necessário para a efetivação de uma defesa válida. Garante-se ainda, através de tais princípios, o direito de expressar-se demonstrando sua versão dos fatos. Do contrário, ou seja, um processo constituído

unilateralmente, afrontaria os cânones do direito brasileiro, e retrocederia à época do sistema inquisitivo.

Tanto o princípio do contraditório quanto o da ampla defesa encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, e são assegurados tanto na esfera judicial quanto administrativa:

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:

[...]

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;

[...].

Guilherme de Souza Nucci assevera que o contraditório é uma das mais importantes faces do princípio do devido processo legal, associado ao da ampla defesa. Certo porém, que tais premissas se fazem sob a ótica do acusado. Assim sendo, o processo bilateral inexistiria, no modelo buscado, se não houvesse contraditório. Sem ele, o processo perderia o equilíbrio e isenção. Refere ainda, que referido princípio tanto pode ser utilizado pela acusação quanto pela defesa, muito embora a sua aplicação se dê, e acertadamente, muito mais pelo acusado. (2010, p. 286).

Paulo Roberto de Gouvêa Medina ao citar os ensinamentos de José Lebre de Freitas assevera que o princípio do contraditório seria:

Uma garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. (2012, p. 43).

A base para o princípio é a paridade de tratamento: “Não basta assegurar, pois, igualdade de possibilidades às partes. É mister que se lhes dê oportunidade de participar de todos os atos processuais relevantes e de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse”. (MEDINA, 2012, p. 44).

Com efeito, garante-se ao acusado a oportunidade de participar de todos os atos do processo e de dar a sua versão dos fatos a fim de conduzir a convicção do juiz a seu favor, da mesma forma como é assegurada à acusação, contanto, esta goza de garantias em menores proporções.

Edilson Mougenot Bonfim ao citar a definição de Canuto Mendes de Almeida afirma que o contraditório seria “a ciência bilateral dos termos processuais e possibilidade de contrariá-los, pelo que representa uma garantia conferida às partes de que elas efetivamente participarão da formação da convicção do juiz”. (2010, p. 73).

São ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci acerca do conceito do princípio do contraditório e a sua forma de realização:

O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse. Inexiste incentivo para contradizer um fato, com o qual se concorda, ou uma prova, com a qual se está de acordo. Logo, a abertura de chance para analisar e, querendo, contrariar já é suficiente exercício do contraditório, vale dizer, não é a expressa manifestação contrária de uma parte, dirigida a outra, que faz valer o contraditório. Este emerge legítimo, quando se concede a oportunidade para manifestação em relação a algo, no processo, mesmo que não seja utilizada. (2010, p. 287).

A par disso, tem-se que a oportunização do contraditório é de grande valia para o justo e regular andamento do processo, sendo, inclusive, causa de nulidade a sua não observância. Ademais, tal princípio deve ser analisado em conjunto com o princípio da ampla defesa.

Com efeito, o princípio da ampla defesa anda conjuntamente com o princípio do contraditório e lhe confere maior amplitude e segurança, tanto que aparece no ordenamento jurídico no mesmo dispositivo legal que o contraditório.

“Tal como o contraditório, essa garantia é essencial a qualquer tipo de processo, seja de natureza judicial, seja de natureza administrativa”. (MEDINA, 2012, p. 46).

Consoante Guilherme de Souza Nucci “a defesa constitui direito inerente à pessoa humana, conferindo-se dignidade, no contexto das relações sociais. Representa uma proteção, uma oposição ou uma justificação voltada à acusação da prática de um crime, quando se está no cenário penal”. (2010, p. 263).

A todos é dado o direito de se defender. Não se pode conceber um processo penal nos dias atuais em que o acusado seja privado de tomar ciência de todos os atos do

processo e sobre eles se pronunciar. A ele é garantido, via princípio da ampla defesa, participar de todos os atos e pronunciar-se quando julgar necessário. Garante-se inclusive o direito ao não pronunciamento, quando este achar conveniente, sem que com isto seja prejudicado em sua defesa.

De acordo com Paulo Roberto de Gouvêa Medina, o princípio da ampla defesa assume diferentes formas de acordo com sua aplicação no processo civil ou no processo penal, sendo neste que ela ganha maior ênfase e amplitude. (2012, p. 46). Nesse passo explana tal posicionamento ao citar os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, senão veja-se:

Ganha assim, o princípio em exame maior amplitude no processo penal. Nesse ramo do processo, a defesa deve ser analisada sob dois aspectos: o da autodefesa e o da defesa técnica. Tem a primeira duplo sentido: o direito de o réu ser ouvido pelo juiz em interrogatório e, por meio desse, poder influir na formação do convencimento do juiz, bem como o direito de presença a todos os atos instrutórios do processo. Desenvolve-se a segunda mediante a constituição ou designação de advogado para atuar como defensor do acusado no processo. (2012, p. 47).

Ainda na esfera penal, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

A autoproteção implica na negativa do fato imputado, seja pela sua inexistência, seja pela fuga da autoria; a oposição significa a concessão de versão diversa da que consta nos termos acusatórios; a justificação promove a legitimação da prática realizada. Essas três formas de instrumentar a defesa precisa compor o ideário de qualquer magistrado, pois há comando constitucional assegurando a amplitude da manifestação do acusado. (2010, p. 264).

Assim sendo, o princípio da ampla defesa deve conferir ao acusado a oportunidade de manifestação em todos os atos do processo que julgar pertinente, exercendo assim a autodefesa, bem como de nomear advogado para a elaboração de uma defesa técnica, para que a amplitude de defesa seja exercida de forma integral.

Passa-se por fim à análise do princípio da não culpabilidade, também conhecido pela denominação de princípio de presunção de inocência.

Muito embora grande parte dos doutrinadores refiram-se a tal princípio sob a denominação de princípio da presunção de inocência, se utilizará, no presente trabalho, a

denominação de princípio da não culpabilidade, em razão do exposto por Edilson Mougenot Bonfim, senão veja-se:

Sustenta a boa doutrina que a expressão “presunção de inocência” é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade. Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógicodedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se pois, a um “estado de inocência” ou de “não culpabilidade”: vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória. (2010, p. 77).

Dessa forma, esclarece-se a razão pela qual se adota aqui a terminologia de princípio da não culpabilidade, muito embora seja utilizada em várias passagens em razão dos diversos doutrinadores utilizados, respeitando a terminologia adotada por cada um.

O princípio da não culpabilidade constitui uma garantia ao acusado, de que até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, este não será considerado culpado. E com acerto, tendo em vista que o simples trâmite de um processo criminal não pode significar que o acusado tenha, de fato, praticado determinado delito, afinal, o processo penal se presta justamente para verificar a autoria e a materialidade do crime.

Referido princípio encontra-se insculpido no bojo da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, senão vejamos:

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;

[...].

Conforme leciona Paulo Roberto de Gouvêa Medina, “dos princípios constitucionais do processo penal que a Constituição consagra, esse é, sem dúvida o mais expressivo. O dispositivo que o perfilha não só institui uma garantia individual, como

traduz a própria essência do sistema processual penal adotado pela Constituição”. (2012, p. 61).

Acertadas as palavras proferidas por Paulo Roberto de Gouvêa Medina, na medida em que este princípio constitui um dos de maior relevância para o processo penal. Referida afirmação não causa surpresa, tendo em vista que a previsão de não culpabilidade encontra-se intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido são as palavras de Guilherme de Souza Nucci ao referir que “o princípio da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado”. (2010, p. 47).

De acordo com Edilson Mougnot Bonfim, o princípio do estado de inocência foi positivado pela primeira vez no artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, inspirado na razão iluminista de Voltaire, Rousseau e outros. Foi reafirmado em 1948 no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembléia das Nações Unidas, no mesmo ano. (2010, p. 76).

O estado de não culpabilidade visa garantir ao acusado de um crime a sua incolumidade física e psíquica. Enquanto não sobrevier sentença penal condenatória, o acusado goza do estado de não culpabilidade, e em decorrência disso não é dado o direito aos demais de tratar-lhe de forma cruel ou degradante. Ora, se tal tratamento é vedado inclusive na seara de cumprimento de pena, imagine-se no curso de um inquérito policial ou ação penal em que ainda nem se auferiu a materialidade e a autoria delitiva.

“Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”. (MORAES, 2012, p. 124). Logo, existe a presunção de um estado de inocência.

Guilherme de Souza Nucci assevera que:

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora de crime. Não se trata, por óbvio, de um conceito singelo de candura ou ingenuidade. O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal. Em virtude da condenação,

com transito em julgado, instala-se a certeza da culpa, abandonando-se o estado de inocência, ao menos ao delito em foco. (2012, p. 239).

Quando se fere o estado de não culpabilidade, retira-se do acusado a sua dignidade, e o expõe a um *status* de marginalização, o qual fica insculpido em sua imagem de tal forma que não se retira nem mesmo com a superveniência de uma sentença penal absolutória. Em razão disso é que deve haver o maior cuidado no que diz respeito ao estado de não culpabilidade, pois a sua inobservância pode aniquilar a vida familiar e social do acusado.

Decorrência lógica de tal principio é a de que, mesmo que o indivíduo já tenha sido condenado por um crime, e venha a ser acusado de ter cometido outro, em relação à este, continuará vigendo o princípio da não culpabilidade. (NUCCI, 2012, p. 239).

Com efeito, não seria admissível, tampouco justo, que o condenado por um crime, passasse toda a sua vida sob o estigma de culpado por qualquer crime que posteriormente venha a ser acusado, sem que se tenha uma sentença penal condenatória.

Ainda nesta senda, Guilherme de Souza Nucci afirma que “supõe-se, de antemão, que qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é regra; a culpa, a exceção”. (2012, p. 240).

Por tais razões é que o princípio da não culpabilidade é de tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro. Se contrário fosse, a vida íntima e o convívio social do indivíduo acusado de ter praticado algum delito, mesmo sem tê-lo feito, seria dotada de um estigma que o perseguiria pelo resto de sua vida, violando expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 O DIREITO DE EXPRESSÃO CONSTITUCIONALIZADO

A notícia atualmente tem tomado cada vez mais espaço na vida dos brasileiros, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, conquanto o direito à informação constitui garantia fundamental da sociedade e do indivíduo.

Os meios de comunicação tem se aperfeiçoado constantemente, adotando as mais diferentes formas, e sua abrangência cresce com tamanha rapidez que se torna difícil acompanhar todos os acontecimentos do Brasil e do mundo.

Por outro lado, a ânsia dos cidadãos por informações também cresce em grande escala, exigindo um maior empenho por parte dos operadores da comunicação.

Com efeito, de um lado tem-se os veículos midiáticos, cada vez mais empenhados na busca de informações a serem veiculadas minuto a minuto, e por outro lado, a sociedade, que exige destes meios tudo o que há de mais recente ocorrendo em todas as partes do planeta.

Há assim, uma grande mobilização por ambas as partes, que vêm na informação um bem precioso do qual não se pode abrir mão. Os meios de comunicação vêm a notícia como sua forma de obtenção de renda, e, não raras vezes, como meios de formar a opinião pública. Já o cidadão vê a notícia como forma de obtenção de conhecimento, ao passo que o indivíduo hoje desinformado é tido à margem da sociedade, beirando à ignorância.

Assim sendo, no presente capítulo se fará uma sintética abordagem acerca da história da mídia, seu surgimento e seus meios de operacionalização das informações, para, posteriormente tratar da liberdade de expressão como direito fundamental que o é, e por fim, uma explanação acerca da função social da notícia e o seu papel nas sociedades modernas.

2.1 Historicidade da mídia

A história da mídia não pode ser analisada fora do contexto histórico em que ocorreu, esteve presente em todos os acontecimentos da humanidade, desde os primórdios até os dias de hoje.

Com efeito, com surgimento das sociedades, em razão da natureza do homem de não poder viver isoladamente; os homens passaram a se agrupar e a desenvolver meios hábeis à comunicação entre eles.

Assim sendo, com o agrupamento dos seres humanos ainda na era primitiva, e o surgimento da necessidade de comunicação entre eles, os meios para a consecução de seu ideal – a comunicação – foram dos mais variados, passando por diversas fases até se chegar à comunicação na forma como se tem atualmente. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 1-118).

A comunicação, que originariamente era exercida através de gestos e desenhos não foi suficiente aos seres humanos, vez que estes estão sempre em constante aprimoramento, característica intrínseca à natureza do homem. Dessa forma, passou-se a evolução que deu origem à criação de meios de linguagem mais aprimorados.

Não há como tratar da história midiática sem antes passar pelo surgimento da linguagem, elemento primordial para a criação de todos os instrumentos e formas de comunicação que se tem atualmente.

Conforme assevera Karl Marx “sabe-se que a primeira atividade teórica da razão, ainda oscilante entre o pensamento e o sentimento, é a de contar. Contar é o primeiro ato teórico livre da razão”. (2010, p. 13). E para isso foi necessário o desenvolvimento das figuras de linguagem, que serão vistas adiante.

De acordo com Pierre Albert e Fernand Terrou “não é fácil delimitar o objeto da história da imprensa [...] não se poderia construí-la ou compreendê-la sem uma constante referência à evolução geral das sociedades”. (1990, p. 1).

Ainda nas palavras de Pierre Albert e Fernand Terrou estes afirmam, acertadamente, que em cada tipo de sociedades organizadas e civilizações é possível encontrar antecedentes do jornal e dos jornalistas. (1990, p. 4). E mais:

A necessidade de informações é uma dos dados fundamentais de toda a vida social: pode-se, pois, encontrar para o jornalismo equivalência nas civilizações que desconheciam a tipografia. A curiosidade do público sempre suscitou a vocação dos contadores de histórias que, dos aedos gregos aos tropeiros da Idade Média e aos feiticeiros africanos, cumpriam uma função de comunicação e com frequência também de informação. A preocupação de conversar a narração dos grandes acontecimentos ou de descrever os mundos estrangeiros, de Homero aos cronistas do final da Idade Média, de Heródoto a Marco Pólo, deu origem a obras que, *mutatis mutandis*, se assemelham às nossas reportagens. Para as necessidades de sua administração, tanto os grandes como os pequenos impérios da Antiguidade ou da Idade Média haviam criado redes de coleta e difusão de informações cujos mensageiros transmitiam, oralmente ou por escrito, notícias que em seguida podiam ser levadas ao conhecimento de um público mais ou menos amplo pelas mais diversas vias, do pregoeiro ao cartaz-edital. Em todas as civilizações que conheceram a escrita, à margem das redes “oficiais”, as correspondências privadas constituíam, para as comunidades organizadas, para os homens de negócios e para os membros de classes dirigentes, uma fonte periódica de notícias que ultrapassavam o âmbito estreito das relações pessoais ou profissionais. (1990, p. 3).

Ao referir-se *supra* em história da imprensa, parece mais adequado tratar do assunto sob a denominação de história da comunicação, tendo em vista a maior amplitude de tal denominação. Ademais, a imprensa é apenas uma das espécies do gênero meios de comunicação.

O surgimento da linguagem teve importância imensurável para a sociedade em que se vive hodiernamente. Tudo gira em torno da linguagem, e, por conseguinte, da comunicação e da informação.

Wilson Martins afirma ser de pouca importância qual a espécie tenha aparecido inicialmente, seja o nome, o grito, a palavra ou a frase, o que realmente tem relevância é o fato de que a linguagem representaria, a partir daí, o início da dominação do homem sobre as coisas. (1998, p. 19).

Com efeito, tem-se que a linguagem é o fator primordial que diferencia o homem dos demais animais, sua capacidade de se comunicar e articular ideias é única dentre os seres humanos, o que lhe confere lugar de destaque e lhe permite elaborar e realizar as mais diversas atividades sem maiores dificuldades.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Wilson Martins:

A linguagem é, assim, do ponto de vista psicológico, como a definia Vendryès, a atribuição de um valor simbólico ao sinal – processo que se funda, antes de mais nada, na abstração e que, por isso mesmo se distingue da “linguagem” de todos os outros animais. Esta última seria uma linguagem “natural”, enquanto a linguagem do homem é “artificial” e “convencional”. (1998, p. 19).

A definição de linguagem é trazida por Wilson Martins ao citar a doutrina de Edward Sapir, que afirma no artigo “Language” escrito para a *Encyclopaedia of the Social Sciences* que “a linguagem em si mesma é uma complexa e maravilhosa mistura de dois sistemas de padrões, o simbólico e o expressivo, nenhum dos quais poder-se-ia desenvolver até a sua atual perfeição sem a interferência do outro”. (1998, p. 20).

Assim, o misto entre expressão e símbolos foram se aprimorando, e dando paulatinamente contorno à criação dos meios de comunicação, e, por consequência, à comunicação em suas mais variadas formas.

Wilson Martins traz o asseverado por Emil Ermmatinger no tocante à linguagem, conceituando-a:

Como exteriorização direta do pensamento se caracteriza pelo fato de que seus elementos, as palavras, têm tanto um significado intuitivo-sensível quanto lógico-conceptual, sem que nunca se possa determinar de um modo claro e inequívoco a relação que existe entre ambos esses grupos de valores. (1998, p. 20).

Com efeito, a linguagem serve de elemento de conceituação e de um modo de expressar sentimentos, de forma que, ao indivíduo que se utiliza da linguagem lhe é possibilitada a compreensão por todos os demais seres humanos. Assim sendo nada mais correto do que afirmar que “a linguagem é o instrumento de análise do pensamento”. (HANKISS apud MARTINS, 1998, p. 22).

Aduz Wilson Martins, sobre a importância da linguagem, que:

[...] a linguagem possui como função suprema a comunicação e resulta dos contactos sociais: ela é “o fato social por excelência”. A sociedade permitiu e mesmo obrigou o aparecimento da linguagem, mas é a linguagem que possibilitará à sociedade o seu estabelecimento propriamente dito, que transformará as relações transitórias do encontro nas relações duradouras de convivência. Assim, a linguagem variará de acordo com os grupos sociais, porque os exprimirá em sua mais funda realidade: a linguagem, como dizia uma frase célebre a propósito de literatura, é “expressão da sociedade”, como a sociedade é, em grande parte, uma expressão da sua linguagem. (1998, p. 24).

A par de tais considerações, cumpre salientar que a linguagem, por mais que seja universal, adota contornos e expressões diferentes de acordo com a sociedade que a utiliza.

Em cada parte do mundo, tem-se linguagens próprias, expressões que variam, sem que com isso, não se possam fazer entender. Constitui apenas um fenômeno sócio-cultural atrelado não somente no tocante ao critério territorial e ao lapso temporal, mas também no que diz respeito ao modo de surgimento e culturas de cada sociedade.

Ademais, a linguagem assume atualmente papel de tamanha importância que ela chega a definir o indivíduo, a catalogá-lo de acordo com o linguajar que este utiliza.

Conforme assevera Wilson Martins, a linguagem desempenha várias funções ao mesmo tempo, tendo entre as principais o sentido, o sentimento, o tom e a intenção. E, ainda que se fale para dizer alguma coisa esses elementos irão influenciar no alcance, eficácia ou efeito do que foi dito. (1998, p. 26).

De modo geral, tudo o que se fala é dotado de um tom, de uma entonação que causam no ouvinte alguma espécie de reação ou sentimento. Dessa forma, cada palavra, frase ou expressão vinculada à linguagem será percebida pelo ouvinte de acordo com o tom e a intenção de quem fala. As entonações são dadas pelo locutor de acordo com a impressão que se quer causar ou a ênfase a ser dada em determinada afirmação.

Conseqüentemente, após o surgimento da linguagem, se deu o surgimento da escrita, momento em que “a linguagem se diversificou em idiomas” e “a linguagem auditiva se transformou em linguagem visual, com a invenção dos primeiros sistemas de escrita”. (MARTINS, 1998, p. 33).

Conforme assevera Wilson Martins ao transcrever trecho da doutrina de Edward Sapir:

O que é certo é que a “história da escrita é em essência uma longa tentativa para desenvolver um simbolismo independente com base na representação gráfica seguida da lenta e amargurada constatação de que a linguagem falada é de um simbolismo mais poderoso do que qualquer espécie de gráfico e que o verdadeiro progresso na arte da escrita repousa no abandono virtual do princípio que originalmente partiu”. (1998, p. 33).

Por esse motivo, Wilson Martins, acredita que a linguagem visual foi substituída pela memória auditiva: “A maior parte das linguagens visuais de que hoje dispomos deriva-se da linguagem auditiva.” (VENDRYÉS apud MARTINS, 1998, p. 33). A maior importância dada à palavra falada ocorre justamente em função da entonação e da reação que causa nas pessoas e seu maior poder de formação do convencimento, entretanto é

efêmera e não materializada. Com efeito, é através da palavra escrita que se pode materializar a palavra falada, e transmití-la em grande escala, de forma permanente, senão duradoura, adquirindo, destarte, grande importância histórica.

Wilson Martins ao citar os ensinamentos de Lecoy de La Marche assevera que “a escrita, como todas as grandes descobertas, não foi inventada de uma vez só, mas empregou longos séculos para se produzir, se completar, se aperfeiçoar”. (1998, p. 34).

Ainda segundo Wilson Martins:

Um passo de conseqüências incalculáveis foi dado quando o homem, na tarefa de fixar e de transmitir o pensamento, percebeu que lhe era possível substituir a imagem visual pela sonora, colocar o som onde até então tinha obstinadamente colocado a figura. Dessa forma, o sinal se libertaria completamente do objeto e a linguagem readquiriria sua verdadeira natureza, que é oral. “Decompondo” o som das palavras, o homem percebeu que ele se reduzia a unidades justapostas, mais ou menos independentes umas das outras (enquanto som) e nitidamente diferenciáveis. Daí surgiram os dois tipos de escrita que marcam essa grande revolução decisiva: a *escrita silábica*, na qual o sistema se funda em “grupos de sons”, representados por um sinal, e a *escrita alfabética*, em que cada sinal corresponde a uma letra. [...] De posse da letra, o homem adquiriu um instrumento de uma docilidade, de uma flexibilidade infinita. (1998, p. 40).

Oportuno observar que tal docilidade pode passar à amargura em questão de segundos e a flexibilidade pode adentrar em esferas privadas do ser humano. Todavia tais considerações não se aplicam tão somente à escrita, o que se verá em capítulo próprio.

Feitas essas considerações, e de nenhuma forma negando a importância dos meios de comunicação originários, de seus surgimentos e os meios pelos quais as informações eram veiculadas, através dos mais diversos materiais, cumpre informar aqui que estas formas mais arcaicas serão deixadas de lado no presente capítulo a fim de tratar de forma mais pormenorizada o surgimento dos meios de comunicação mais utilizados atualmente.

Com efeito, foi no século XVI, em razão da eclosão de todos os acontecimentos históricos que se deram em maior parte na Europa, que as notícias começaram a tomar maior espaço e a despertar maior curiosidade da população, conforme asseveram Pierre Albert e Fernand Terrou:

Desde o século XVI, pelo menos, as notícias tinham se tornado uma verdadeira mercadoria, e *noticiaristas* (*menanti*, na Itália) organizaram para os príncipes ou negociantes serviços regulares de correspondências manuscritas. Essas *notícias a*

mão, às quais se dava com frequência o nome italiano de *avvisi* porque Veneza, grande entroncamento comercial, era um importante centro de difusão desses escritos, deixaram sua marca em toda a Europa e tomaram impulso considerável no século XVI. (1990, p. 5).

Contudo, foi com Gutenberg, tido como “imortal inventor da imprensa” (MARTINS, 1998, p. 139) que os meios de comunicação impressos tomaram maior força para a disseminação do conhecimento em grande escala.

O que até então era feito mediante mensageiros, informações passadas de boca à boca e manuscritos, viriam então tomar maior amplitude e importância com a criação da tipografia. Autores asseveram que,

Ao inventar em Estrasburgo, em 1438, a tipografia, que se difundiu com muita rapidez na segunda metade do século XV, Gutenberg permitiu a reprodução rápida de um mesmo texto e ofereceu à linguagem escrita possibilidades de uma difusão que o manuscrito não tinha. No entanto, a imprensa periódica impressa só nasceu mais de um século e meio após a invenção da tipografia, tendo sido precedida por um verdadeiro florescimento de escritos de informação dos mais diversos tipos. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 4-5).

Nesse passo, desde a invenção da escrita, as informações tomaram várias formas, tais como os *speculi*, *incunábulo*s, *pergaminhos*, *avvisi*, *princeps*, manuscritos, e mais adiante, com a invenção da tipografia, por Guttenberg, as gazetas, os pasquins e os libelos, até que se chegasse aos primeiros impressos periódicos, os quais encontraram sua justificativa de existência exatamente no sentido em que afirmam Pierre Albert e Fernand Terrou:

A partir do século XV, uma série de fatores políticos, econômicos e intelectuais conjugaram seus efeitos para aumentar notavelmente a sede de notícias no Ocidente. O Renascimento e, posteriormente, a Reforma multiplicaram as curiosidades. As grandes descobertas ampliaram o horizonte europeu. Os progressos das trocas bancárias e comerciais ocasionaram um desenvolvimento paralelo das trocas de informações. Os novos Estados modernos exigiam, para a sua administração, a criação de novas redes de informação. Os grandes conflitos que dilaceraram o Ocidente no século XVI alimentavam correntes e necessidades de informações. (1990, p. 4).

Em verdade, com conflitos e revoluções eclodindo em todas as partes do mundo, a situação econômica mundial e as novas relações comerciais foram fatores determinantes para a explosão das notícias e da curiosidade do povo acerca dos acontecimentos recentes.

Muito embora a informação já estivesse sendo difundida em grande escala, esta ainda não adotava a forma de imprensa como se tem hoje. Forte nessas ideias, os autores Pierre Albert e Fernand Terrou ensinam que:

Já no final do século XV, os impressores passaram a editar, sob a forma de pequenos cadernos de 4, 8 ou 16 páginas, às vezes ilustrados com gravuras em madeira, folhas de notícias em que se relatava um acontecimento importante – batalha, exéquias principescas, festas, etc. – ou se reproduzia o texto de alguma *avviso*. Essas folhas, chamadas *relationes* em latim, *occasionnels* na França, *zeitungen* na Alemanha e *gazetas* ou *corantas* na Itália, eram vendidas em livrarias ou por ambulantes nas grandes cidades. (1990, p. 5).

A partir daí, as notícias manuscritas assumiram um papel importante para o desenvolvimento da imprensa, para, posteriormente, abrir caminho as folhas volantes impressas.

Desde o século XVI, pelo menos, as notícias tinham se tornado uma verdadeira mercadoria, e *noticiaristas* (*menanti*, na Itália) organizaram para os príncipes ou negociantes serviços regulares de correspondências manuscritas. Essas *notícias a mão*, às quais se dava com frequência o nome italiano de *avvisi* porque Veneza, grande entroncamento comercial, era um importante centro de difusão desses escritos, deixaram sua marca em toda a Europa e tomaram impulso considerável no século XVI. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 5).

Posteriormente surgiram as folhas volantes impressas, já dotadas de tipografia, que se aproximavam timidamente dos moldes atuais da imprensa. Dentre eles tinham-se os pasquins que “relatavam fatos sobrenaturais, crimes, catástrofes e todos os acontecimentos extraordinários. O mais antigo pasquim conhecido na França data de 1529”. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 5).

As folhas volantes tinham, apesar de constituírem meio mais antigo de dissipação das notícias, “as três principais funções do jornalismo: a informação sobre os fatos da atualidade, o relato dos pequenos eventos do dia-a-dia, a expressão das opiniões”. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 5-6).

Note-se com isso, que os pasquins tiveram grande importância para a formação dos meios de comunicação na forma como se tem hoje, haja vista que as funções do jornalismo citadas alhures permanecem até hoje.

Com efeito, apesar do nascimento dos periódicos impressos, os informativos não periódicos como as ditas notícias à mão não desapareceram, continuaram a se desenvolver nos séculos XVII e XVIII e constituíram uma considerável importância como fornecedores de notícias. Tiveram, assim, grande importância política e pelo menos até meados de 1789, formavam redes de informação que em muito se assemelhavam a dos textos impressos no que diz respeito ao seu conteúdo. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 6).

Com o passar do tempo e as novas tecnologias, outros meios de comunicação passaram a atuar com grande força no tocante à dissipação das notícias e informações. O rádio foi, após os periódicos, a primeira forma de comunicação inventada. Para Isabel Siqueira Travancas a limitação da imprensa encontra um novo expoente,

[...] com o século XX entra em cena novo veículo, que será um eficaz meio de comunicação de massa: o rádio. E o radiojornalismo não é produto posterior ao próprio rádio. Ambos nasceram juntos. De início, o rádio chegou a assustar os jornais e seus jornalistas, temerosos de que, por sua causa, houvesse uma queda da tiragem daqueles periódicos. Isso não ocorreu, mas a nova mídia proporcionou ao jornal impresso a oportunidade de adquirir uma feição mais específica, já que este último não poderia noticiar um fato no mesmo instante em que ele ocorresse, como o rádio. (1993, p. 18).

Com o advento do rádio, as notícias passaram a ter maior ênfase, conquanto veiculadas através da voz humana, esta dotada de sentimento, tom, e entonação, produziam nos receptores maior emotividade, causando mais humanidade, irresignação, etc.

Os jornais e os jornalistas, temerosos com o surgimento do rádio, tiveram que se adaptar as mudanças midiáticas que vinham ocorrendo. O sentimento de incerteza diante do que estava por vir com a nova forma de veiculação da notícia causou grande alvoroço entre os operadores da informação que mal imaginavam que estava por vir um veículo de comunicação ainda mais poderoso: a televisão.

Assim, “as primeiras experiências com televisão datam de 1939 nos Estados Unidos, e, assim como se deu com o rádio, o jornalismo logo atingiu esse novo veículo,

que alcançaria maior desenvolvimento depois da Segunda Grande Guerra”. (TRAVANCAS, 1993, p. 18).

A primeira grande transmissão jornalística foi a cobertura do ataque japonês a Pearl Harbour em 1941, e em seguida foi realizada uma transmissão que durou nove horas consistindo na informação do ataque feita por comunicado oficial pelo rádio, em que três jornalistas da *Columbia Broadcasting System* (CBS) colocaram a estação no ar em uma transmissão constituída apenas por fotos e mapas ilustrativos da notícia. (TRAVANCAS, 1993, p. 18).

Após isso, a televisão passou por diversas mudanças, tanto físicas quanto de conteúdo, informando a população de forma muito mais rápida e com imagens ao vivo, sem que com isso, os periódicos e o rádio ficassem obsoletos – o que constituía a grande preocupação dos operadores das informações via rádio e jornal.

Isabel Siqueira Travancas tece considerações às mudanças que ocorreram na televisão:

De lá pra cá a televisão mudou muito, ganhou cor, tornou-se portátil e possibilitou, mediante avançada tecnologia, as coberturas “ao vivo”. Neste novo e moderno órgão de comunicação, o profissional de jornal tinha agora um papel diferente: além de procurar as palavras certas para transmitir as notícias, era imperativo que ele soubesse conjugá-las a imagens adequadas, que formassem então um “texto” coerente na forma e conteúdo. (1993, p. 18).

Dessa forma, a modificação se deu em todos os meios de comunicação e a adaptação a eles teve que ser realizada tanto pelos operadores dos periódicos, jornais, revistas, rádios e inclusive da televisão. Este último, com ainda mais esforço, tendo em vista as chamadas ao vivo e forma diferenciada de veiculação da notícia.

Em verdade, enquanto a preocupação dos jornalistas dos periódicos e do rádio era de que estes se tornassem obsoletos com a criação da televisão, a preocupação dos operadores desta era ainda maior, além de despender esforços na criação e elaboração de notícias e sua forma de vinculação, tinham ainda que se adaptar a esse novo meio, fato que os jornalistas dos periódicos, jornais e rádio já dominavam, sobrando à estes apenas reformular o seu conteúdo.

Além dos meios de comunicação alhures citados, tem-se ainda, a internet, um dos mais relevantes, senão o maior em termos de rapidez e agilidade na veiculação da informação. Através dela, é possível tomar conhecimento dos acontecimentos do Brasil e do mundo minuto a minuto, contudo, deixa a desejar no sentido de que ainda é um meio, em especial no Brasil do qual nem todos tem acesso.

Joaquim Paulo Serra ao citar os ensinamentos de Barry M. Leiner assevera que:

A Internet revolucionou o mundo do computador e das comunicações como nada antes dela. A invenção do telégrafo, do telefone, rádio e computador lançaram suas bases para esta integração de capacidades sem precedentes. A Internet é, simultaneamente, uma aptidão para emissão a nível mundial, um mecanismo para a disseminação da informação e um *medium* para a colaboração e interação entre os indivíduos e os seus computadores, sem olhar à localização geográfica. (2007, p. 171).

Contudo, sendo um meio relativamente recente, ainda não é perceptível qual a “influência” que a criação e o desenvolvimento da internet poderá ter no domínio das teorias da comunicação, ou seja, a que teoria da comunicação corresponderá o tipo de comunicação característico da internet. (SERRA, 2007, p. 169). “Com efeito, serve a internet de veículo a todas às espécies de informação e o tratamento de cada uma delas deve ser feito de acordo com o conteúdo da mensagem.” (CARVALHO, 1999, p. 300).

Ao contrário do que possa parecer, a dissipação da comunicação – utilizada aqui no sentido amplo da palavra – e o reconhecimento do seu caráter essencial para a sociedade não se deu de forma rápida e pacífica. De acordo com Pierre Albert e Fernand Terrou:

Foi preciso esperar a aceleração da marcha do mundo, e muito particularmente os períodos revolucionários, para que a importância dos acontecimentos que se precipitavam e a intensa curiosidade que a provocavam num público cada vez maior dessem enfim à imprensa a possibilidade de conquistar, tanto na vida social como no jogo das forças políticas, seu lugar de primeiro plano. A evolução, naturalmente, variou conforme os países: rápida na Inglaterra, lenta e depois precipitada na França, lenta na Europa central e meridional. (1990, p. 12).

A severidade do controle político fez frear os progressos da imprensa, muito embora estes não tenham deixado de serem consideráveis. Entretanto, mesmo com o aumento do público, e o enriquecimento do conteúdo das notícias, a imprensa ainda não tinha adquirido a importância a que fazia jus. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 11). Assim sendo, a censura foi mostrando aos poucos, sua face:

No início do século XVI, o movimento da Reforma e, posteriormente, o da Contra-Reforma suscitaram a publicação de uma considerável massa de folhas volantes que alimentavam as polêmicas religiosas e, depois, políticas. Esses *libelos, injúrias, boatos...* suscitaram em todos os Estados europeus um endurecimento da legislação repressiva e da censura dos impressos. Junto com a censura eclesiástica tradicional os poderes civil criaram seus próprios censores na Alemanha em 1524, na França em 1537 e na Inglaterra em 1586. Por ocasião das guerras de religião, os processos contra os editores ou difusores de tais folhas se multiplicaram. (ALBERT; TERROU, 1990, p. 5-6).

Alguns países sofreram o “peso esmagador da censura” (ALBERT; TERROU, 1990, p. 19), cada um à sua época e de acordo com o desenvolvimento estrutural, financeiro e governamental de cada país. “Tida como arte do diabo, a imprensa correu o risco de se ver condenada pelo Parlamento, logo depois da sua introdução na França, contra o que se opôs pessoalmente o rei Luís XI”. (MARTINS, 1998, p. 389). E o Brasil, obviamente, não passou ileso por ela. “O primeiro jornal brasileiro, o *Correio Braziliense*, foi fundado em Londres, em 1º de junho de 1808, por Hipólito José da Costa. O objetivo do jornal, publicado em língua portuguesa, era vencer a censura prévia então vigente no Brasil e tratar de temas políticos”. (TRAVANCAS, 1993, p. 18).

A censura foi instituída no Brasil através da Lei de Imprensa, hoje revogada, e era utilizada como forma de proteger o regime autoritário da época.

Com efeito, com o governo Vargas, a censura à imprensa foi fortemente impingida através do Departamento de Imprensa e propaganda, segundo assevera Isabel Siqueira Travancas “durante sua vigência mais de 420 jornais não obtiveram registro e 61 foram obrigados a suspender sua circulação”. (1993, p. 19).

Tem-se, ao certo, que o Estado pode fazer da “imprensa a sua arma talvez mais importante e a mais perigosa” em um Estado Democrático de Direito. (MARTINS, 1998, p. 389).

Consoante assevera Mitchell Stephens:

A imprensa pode ter sido o primeiro veículo de circulação de informação que realmente provaria ser mais poderoso que a espada, mas possuía um grande inconveniente como arma: seu volumoso tamanho fazia com que fosse difícil de escondê-lo e, conseqüentemente, era facilmente regulamentado pelas autoridades. (1993, p. 199).

Em decorrência disso é que se deu a censura, e em seu nome foram realizadas barbáries, o autoritarismo ganhou força e detinha o poder sobre tudo o que era veiculado pelos meios de comunicação da época.

Foi, contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988 que se deu fim a todas as arbitrariedades estatais ligadas à liberdade de expressão, tendo em vista que esta foi erigida a princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. A Constituição veio para vedar expressamente a censura em seu artigo 220, e garantir, sob forma de direito fundamental, a liberdade de expressão e seus derivados.

Com isso, foi restabelecida a ordem e a liberdade do Estado, agora sob a forma democrática, assumindo a liberdade de expressão o papel fundamental nas sociedades modernas, em especial no Brasil.

Nesse ponto, imperioso se faz trazer a doutrina de José Afonso da Silva ao citar os valiosos ensinamentos de Karl Marx.

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É franca a confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão de sabedoria. (2008, p. 246).

Vidal Serrano também compartilha do mesmo entendimento:

Está claro, portanto, que a velha imprensa de GUTENBERG cedeu passo aos novos e mais eficazes métodos de difusão e publicação de informações, o que, todavia, não desqualifica o antigo instituto e seus fundamentos como alicerce jurídico do atualíssimo direito à informação jornalística. Isto porque o direito que protegem, embora dilatado na sua abrangência social, e aprimorado no seu conteúdo normativo, remanesce com o mesmo objetivo, o de permitir o livre fluxo das informações e das opiniões. (1997, p. 37).

Cumprido, por fim, trazer os ensinamentos de John B. Thompson acerca do desenvolvimento da sociedade e dos meios de comunicação:

Com o desenvolvimento de uma variedade de instituições de comunicação a partir do século XV até os nossos dias, os processos de produção, armazenamento e circulação têm passado por significativas transformações. Estes processos foram alcançados por uma série de desenvolvimentos institucionais que são característicos da era moderna. Em virtude destes desenvolvimentos, as formas simbólicas foram produzidas e reproduzidas em escala sempre em expansão; tornaram-se mercadorias que podem ser compradas e vendidas no mercado; ficaram acessíveis aos indivíduos largamente dispersos no tempo e no espaço. De uma forma profunda e irreversível, o desenvolvimento da mídia transformou a natureza da produção e do intercâmbio simbólicos do mundo moderno. (2005, p. 19).

Apesar de todos os acontecimentos que envolveram a censura, não se pode negar que esta teve seu ponto positivo no sentido que em razão das barbáries em nome dela cometidas teve-se consolidado o direito à liberdade de expressão como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, em diversos dispositivos, inclusive no artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais, conforme se verá adiante.

2.2 O direito de expressão como direito fundamental

Após os inúmeros confrontos tidos entre os Estados e as sociedades em razão do tolhimento da liberdade de imprensa em diversos países e em vários níveis, passou a se desenvolver uma doutrina acerca da liberdade de expressão, que aos poucos foi tomando espaço, até ser positivada em grande parte dos ordenamentos jurídicos atuais.

O surgimento da doutrina da liberdade de expressão remonta à Inglaterra, conforme assevera Wilson Martins:

A doutrina da liberdade de expressão é de origem inglesa e foi formulada por William Blackstone (1723-1780), porque tanto a Constituição norte americana de 1787 quanto a famosa Primeira Emenda (*Bill of Rights*) que lhe foi posteriormente acrescentada nada continham a respeito. Nas palavras de Blackstone, a liberdade de imprensa é de fato essencial à natureza de um Estado livre, consistindo em não estabelecer restrições prévias às publicações, mas não

na liberdade de censura a matéria criminosa quando publicada. Todo homem livre tem o direito indiscutível de apresentar ao público os sentimentos que quiser; proibi-lo, é destruir a liberdade de imprensa. Mas, se publica o que é impróprio, nocivo ou ilegal, deve arcar com as conseqüências de sua própria temeridade. (1998, p. 384).

Karl Marx assevera acertadamente acerca da liberdade de expressão ao afirmar que “a primeira condição que precisa ter a liberdade é a autoconsciência, e a autoconsciência é impossível sem um exame prévio”. (2010, p. 12).

Sérgio Cavalieri Filho, em prefácio ao livro de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, discorre sintética e magistralmente acerca dos direitos fundamentais, lição da qual cabe trazer a lume:

Um dos fundamentos do nosso Estudo Democrático de Direito, consoante art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, é a dignidade da pessoa humana, síntese e essência de todos os direitos humanos, entendidos como tais aqueles direitos que são atribuídos ao seu titular pelo só fato de ser homem, independentemente de sua raça, cor idade, educação, condição econômica ou social. São direitos absolutos, que devem ser respeitados por todos, e o Estado tem o dever de protegê-los. Aliás, o verdadeiro Estado Democrático de Direito é aquele que coloca o homem no vértice do ordenamento jurídico, fazendo dele a primeira e principal realidade, o mais alto de todos os valores, e dos seus direitos o fio condutor de todos os ramos do direito. E assim é porque da dignidade humana decorrem quase todos os direitos e garantias fundamentais explicitadas no artigo 5º da Constituição Federal, entre os quais o direito à liberdade em todos os seus aspectos; liberdade de ir e vir, liberdade de crença e de consciência, liberdade de pensamento e de expressão, liberdade de associação e de reunião. Outra conseqüência do princípio da dignidade humana é o direito à honra, à imagem, à intimidade e à inviolabilidade da vida privada, esta última definida por J.J. Calmon de Passos como sendo “o último refúgio da dignidade da pessoa humana”. (1999, prefácio).

Conforme dito alhures, após inúmeras lutas travadas em prol da liberdade de imprensa, datadas do início do período colonial, o Brasil conseguiu sua liberdade de expressão com o advento da Constituição Federal de 1988, que a elevou à categoria de direito fundamental.

Pimenta Bueno, trazido à baila por José Afonso da Silva assevera acertadamente que:

O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade. (2008, p. 241.)

Dessa forma, tendo por base a origem do homem e suas necessidades primordiais, não há como negar que a elevação do direito de liberdade de expressão à categoria de direito fundamental constituiu um grande feito para a humanidade e para o homem tido individualmente, que agora além de estar a par de tudo o que ocorre ao seu redor, ainda tem isso garantido de forma positivada.

José Afonso da Silva afirma ainda que “a liberdade de pensamento – segundo Sampaio Dória – ‘é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for’”. (2008, p. 241).

Cumprido observar que ao falar em liberdade de expressão, a praxe é se ter uma visão restrita aos meios de comunicação mais usuais e a veiculação de informações, contudo, não é somente a notícia que tal direito assegura. Não se pode olvidar as artes e as ciências, que muito contribuem para a formação social do indivíduo e o seu aprimoramento.

Com efeito, “a importância da tipografia como instrumento de expressão do pensamento levou à constitucionalização do princípio da liberdade de expressão na sua forma mais específica, a da liberdade de imprensa”. (CARVALHO, 1999, p. 20).

Assim, tem-se hoje a liberdade de expressão como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, direito fundamental a ser garantido a todos os cidadãos, nas suas mais variadas vertentes – direito de informação, direito de opinião, direito de expressão, e estes nos seus mais variados campos de atuação, não se atendo somente ao que diz respeito à veiculação da notícia.

Alexandre de Moraes, ao citar Arx Tourinho preleciona o seguinte:

Pode-se entender meio de comunicação como toda e qualquer forma de desenvolvimento de uma informação, seja através de sons, imagens, impressos, gestos. A Constituição Federal, porém, regulamenta o sentido mais estrito da noção de comunicação: jornal, revistas, rádio e televisão. (2012, p. 876).

Assim, tem-se que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram resguardados o direito de opinião, de expressão, de comunicação e de informação, os quais serão analisados em separado.

No tocante ao direito de opinião tem-se que este “é o direito de manifestação do pensamento, isto porque o pensamento, enquanto processo interno de reflexão, é inapropriável e, por conseguinte irregulamentável. Está fora do poder social.” (SERRANO, 1997, p. 24).

Com efeito, quando o processo interno de reflexão é manifestado através da opinião, recai sobre ele um regulamento jurídico, contido no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal que afirma ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Em verdade, quando a opinião sai da esfera do livre pensamento e se materializa através da palavra falada ou escrita, recai sobre ela a proteção constitucional.

No mesmo sentido é o entendimento de Vidal Serrano ao afirmar que, “o pensamento, em si, situado numa zona que a norma jurídica não alcança, não pode ser objeto de regulamentação social; porém, convertido em opinião e exteriorizado, ingressa no campo próprio das relações sociais e da sua consequente normatização”. (1997, p. 25).

Para José Afonso da Silva, ao discorrer sobre a liberdade de opinião afirma que:

De certo modo esta resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, que seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro. (2008, p. 241).

Tem-se assim, que a opinião, conforme transcrito alhures é a forma primordial da liberdade de expressão, pois é no intelecto humano que se forma a opinião, podendo aí permanecer, ou ser dissipada por seu opinante para a sociedade. Com efeito, surgindo a opinião no pensamento do indivíduo, este tem a livre escolha de guardá-la para si, ou expor aos demais, e nas duas modalidades de opinião, lhe são assegurados direitos, tanto o de ter sua livre convicção sem expô-la aos demais, quanto o de expressá-la à sociedade de forma livre. “Infere-se, destarte, que a liberdade de opinião nada mais é do que o direito de

formular os juízos, conceitos, convicções e exteriorizá-los livremente” (SERRANO, 1997, p. 25).

É de se observar, contudo, que, por mais que seja garantido ao indivíduo a liberdade de opinião e de expressá-la, esta não é absoluta, não sendo correto, contudo, embasado na liberdade de opinião fazer explanações ofensivas e exageradas ao livre arbítrio do opinante. A liberdade de opinião deve ser exercida em consonância com a razoabilidade e proporcionalidade, do contrário constituiria abuso e afronta a demais princípios tutelados pelo direito.

Além da liberdade de opinião encontrar respaldo no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, esta ainda dispõe ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Não se pode olvidar que o inciso VIII também abriga a liberdade de opinião, ao afirmar que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Vidal Serrano tece considerações acerca do inciso VIII, das quais cabe ressaltar:

Esse dispositivo, na verdade, complementa em normatividade o precitado inciso IV, pois este estabelece genericamente o direito de opinião, enquanto o inciso VIII, mais específico, concretiza a liberdade de opinião sob a modalidade exigência, malgrado tenha o legislador constituinte, na parte atinente à prestação alternativa, erigido tal dispositivo sob os moldes de uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, portanto, de legislação infra-ordenada para a sua plena eficácia. (1997, p. 27).

Ademais, “o direito de opinião também recebe uma salvaguarda específica, em caso de veiculação pelos meios de comunicação social. É que o artigo 220, *caput*, da Constituição Federal prescreve que a manifestação do pensamento, sob qualquer forma de veículo não sofrerá qualquer restrição”. (SERRANO, 1997, p. 28).

Nesta senda, tem-se que “a liberdade de expressão se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento”. (SILVA, 2008, p. 243).

Passando-se à análise do direito de expressão, Vidal Serrano assevera que:

Enquanto a opinião exterioriza um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão diz com sublimação da forma das sensações humanas. Ou seja, por intermédio dela o indivíduo exterioriza suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos, como na hipótese já ventilada do direito de opinião. (1997, p. 29).

“Nesse sentido, os dispositivos constitucionais de proteção da liberdade de expressão – os artigos 5º, inciso IV e 220, *caput*, e parágrafo 2º - carregam como nota unificadora o fato de garantirem a expressão através da proscricção, de maneira direta ou indireta, da censura”. (SERRANO, 1997, p. 29).

“Essa orientação constitucional deve-se ao fato de que a fórmula básica de restrição da expressão é a censura, cuja atuação tem por principal objetivo o de pôr cobro basicamente às formas de expressão (artística, corporal etc.) e aos meios de comunicação de massa”. (SERRANO, 1997, p. 29).

Tem-se assim, a livre expressão do pensamento e da exteriorização deste, ou seja, é conferido ao sujeito expressar a opinião – antes resguardada apenas em seu intelecto – e veiculá-la, seja nos meios de comunicação, seja apenas em troca de opiniões com os demais indivíduos da sociedade.

No que diz respeito ao direito à liberdade de expressão como direito fundamental, Vidal Serrano afirma que:

Tomando como referência o que aconteceu durante o regime militar que seguiu o golpe de 1964, o legislador constituinte de 1988 deu-se pressa em cercar o direito de expressão, em todas as suas formas e meios, de garantias normativas que impossibilitassem qualquer modalidade de censura administrativa. Destarte, pode-se afirmar que a Constituição Federal, sobre encampar a liberdade de expressão, pautou-se por garanti-la de qualquer meio de obstrução, lançando na proscricção qualquer espécie de censura administrativa. (1997, p. 29).

Tem-se ainda, o direito de comunicação e o direito de informação. Este último pode ser desdobrado em três vertentes: o direito de informar, o direito de se informar, e o direito de ser informado. (SERRANO, 1997, p. 31-32).

É no mesmo sentido a doutrina de José Afonso da Silva citando os ensinamentos de Fernand Terrou e Albino Greco:

A palavra informação designa “o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elemento de conhecimento, ideias ou opiniões”. Como esclarece Albino Greco, por “informação” se entende “o conhecimento dos fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado”. O mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. A primeira, observa Albino Greco, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas. (2008, p. 245).

Em complemento ao observado por José Afonso da Silva, cumpre salientar as palavras de Vidal Serrano:

O direito de informar consiste basicamente na faculdade de veicular informações, ou, assumindo outra face, no direito a meios para transmitir informações, como, *verbi gratia*, o direito a um horário no rádio ou na televisão. O direito de se informar consiste na faculdade de o indivíduo buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução. Por fim, o direito de ser informado remete à faculdade de ser mantido integral e corretamente informado. (1997, p. 31).

Com efeito, as três vertentes do direito de informação constituem uma ampla garantia ao indivíduo. O direito de informar está mais atrelado aos operadores das comunicações, enquanto o direito de se informar e o direito de ser informado dizem respeito ao indivíduo em particular, como integrante de uma sociedade.

O direito de informar confere aos operadores dos meios de comunicação a liberdade de trazer à tona todos os acontecimentos que acharem pertinentes, tendo sempre em vista o interesse público. Assim, o direito de informar é livre, não podendo sofrer restrições, do contrário estaríamos regredindo à época da censura.

O direito de se informar constitui uma faculdade do indivíduo, que pode optar por estar ou não a par dos acontecimentos, e filtrar as notícias e informações que são do seu interesse.

Por fim, no que diz respeito ao direito de ser informado, cumpre observar que, mesmo que o indivíduo seja livre no tocante à busca da informação, esta deve ser levada até ele. Mesmo que a filtragem da informação faça parte do seu livre arbítrio, a informação

deve ser veiculada, tendo em vista que o que pode ser do interesse de um indivíduo, pode não ser do interesse do outro. Dessa forma, tendo sido veiculada a informação, estes tem o direito da escolha, o que não ocorreria se inexistente o direito de ser informado. Ademais, é sabido que o indivíduo não pode ficar alheio aos acontecimentos, e como se verá adiante, uma das funções sociais da notícia é trazer à tona todos os acontecimentos relevantes do Brasil e do mundo.

Já no que diz respeito ao direito de comunicação, “a manifestação e a recepção do pensamento, a difusão de informações, a manifestação artística ou a composição audiovisual, quando veiculadas através de um meio de comunicação de massa, se incluem no chamado direito de comunicação social”. (SERRANO, 1997, p. 29).

José Afonso da Silva conceitua a liberdade de comunicação como sendo:

[...] conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão, e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime especial [...]. (2008, p. 243).

De acordo com Antônio F. Costella, citado por Vidal Serrano, “direito da comunicação é o conjunto das normas gerais e cogentes que regulam a existência e a atuação dos meios de comunicação”. (1997, p. 30).

Ainda de acordo com o citado autor:

Com efeito, sem menoscabo de outros, o mais específico dispositivo constitucional de proteção da informação jornalística é o artigo 220, § 1º da Carta Federal, que prescreveu expressamente: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística”. (1997, p. 59).

Como supra descrito, tem-se que a liberdade de comunicação engloba todos os direitos referentes à comunicação vistos até agora, bem como todas as formas que podem ser veiculadas as informações. Infere-se assim que a proteção garantida a esta espécie de direito é bastante ampla.

Cumpra ainda tecer algumas considerações acerca da liberdade de informação jornalística, em particular, tratada em tópico especial por José Afonso da Silva, asseverando que “é nesta que se centra a liberdade de informação, que assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa. Nela se concentra a liberdade de informar e é nela ou através dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado”. (2008, p. 246).

Ainda nos ensinamentos de José Afonso da Silva este afirma que “a liberdade de informação jornalística de que fala a Constituição (art. 220, § 1º) não se resume mais na simples liberdade de imprensa, pois esta está ligada à publicação de veículo impresso de comunicação”. (2008, p. 246).

Referido autor vai ainda mais além ao afirmar que:

A informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social. A Constituição não chega a precisar o que se entende por veículos ou meios de comunicação social, que ela menciona no art. 220, §§ 1º e 5º. Ao referir-se, em separado, a veículo impresso de comunicação (§ 6º), poder-se-ia entender que ela não inclui a imprensa escrita entre os meios de comunicação social. Talvez até nem o seja. Mas o § 1º do art. 220 ao garantir a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social faz entrar aí também as informações jornalísticas impressas. Temos pois, informações jornalísticas que são publicadas mediante: (a) veículos impressos de comunicação; (b) veículo de difusão (radiodifusão) sonora, de sons e imagens. (2008, p. 247).

Em verdade, os ensinamentos de José Afonso da Silva nos levam à crer, e acertadamente, que a liberdade de expressão jornalística tem um campo de abrangência muito maior do que o ilustrado na Constituição Federal de 1988. Não se pode olvidar que a veiculação das informações jornalísticas via televisão e internet, também fazem parte dita liberdade de expressão jornalística, e que estes meios tem tomado cada vez mais espaço frente aos meios de comunicação atuais.

Conforme afirma Alexandre de Moraes ao citar Pinto Ferreira, “o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, ou seja, referente à proibição de censura”. (2012, p. 45).

Constitui, destarte, a liberdade de informação “uma defesa contra todo o excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político-administrativa e sobre não poucas

manifestações ou abusos relevantes para a coletividade”. (GRECO apud SILVA, 2008, p. 247).

Na mesma senda, imperioso então ressaltar o já citado dispositivo constitucional que veda expressamente a censura, como forma de assegurar a garantia fundamental ao direito de expressão e seus derivados, *in verbis*: “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.”

E sobre ele traz-se, novamente, a doutrina de Alexandre de Moraes, citando Jorge Miranda que assevera:

A garantia constitucional de liberdade de comunicação social, prevista no art. 220, é verdadeiro corolário da norma prevista no art. 5º, IX, que consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O que se pretende proteger nesse novo capítulo é o meio pelo qual o direito individual constitucionalmente garantido será difundido, por intermédio dos meios de comunicação de massa. Essas normas, apesar de não se confundirem, complementam-se, pois a liberdade de comunicação social refere-se aos meios específicos de comunicação. (2012, p. 875).

Daí porque a vedação à censura constitui avanço imensurável na vida do indivíduo, sem ela seriam tolhidas as mais diversas das liberdades previstas na Constituição da República, incluindo não somente aquelas que dizem respeito diretamente com os direitos de expressão, mas também aquelas que são corolárias destas e aquelas que lhe dão fundamento.

Ademais, no tocante à liberdade de informação jornalística, nela contidas todas as liberdades relacionadas à informação sob qualquer veículo, cumpre trazer as palavras de Vidal Serrano:

A informação jornalística, assim, encontra-se entroncada no direito de informar, constituindo-se, como se demonstrará adiante, em direito fundamental de todos os indivíduos, proprietários ou não de empresa jornalística, portadores ou não do específico diploma universitário. (1997, p. 35).

Ademais, o direito de informação, “como direito fundamental de primeira geração, por específica disposição constitucional, não pode ser oposto a ele qualquer embaraço, sendo inconstitucional qualquer disposição que restrinja a titularidade de seu exercício”. (SERRANO, 1997, p. 103).

No mesmo sentido é o entendimento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao afirmar que:

O grau de importância que a Constituição atribuiu à livre expressão, como direito fundamental, a põe a salvo de certas investidas do poder público visando a sua limitação. Assim, vige, para ela o princípio distributivo, que assegura-lhe, em princípio, ampla liberdade, na medida que a intervenção estatal é limitável, controlável e dependente de permissão constitucional, como consagra o artigo 220 da Constituição. (1999, p. 49).

Agostinho Eiras, trazido à baila por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho considera o direito de informação como “um direito fundamental, do interesse comunitário, constitucionalmente protegido, inerente ao funcionamento das sociedades democráticas”. (1999, p. 54).

Parece, portanto, que a liberdade de expressão, tida aqui no sentido amplo da palavra conquanto abrange a liberdade de opinião, de informação e demais liberdades atreladas aos meios de comunicação, constitui direito fundamental, e como direito fundamental é erigido à categoria dos princípios, com os quais se regem o Estado Democrático de Direito.

2.3 A notícia como função social

Até aqui, verificou-se que a mídia, incluindo-se aí todos os meios de veiculação da notícia – é dotada de grande importância para o mundo globalizado em se vive e para o funcionamento regular do Estado Democrático de Direito. Dessa forma se analisará abaixo, a mídia e sua função social, bem como, seu impacto na vida dos cidadãos que dela desfrutam.

A liberdade de informação “consiste em assegurar a expansão da liberdade humana”. (FRANCO apud SILVA, 2008, p. 247).

É com a liberdade de expressão que o indivíduo se coloca a par da sociedade como um todo, exerce sua dignidade na forma de informação, crescimento pessoal e aprimoramento.

De acordo com Vidal Serrano, o direito à liberdade de informação teria dois objetivos fundamentais, um de exercer a defesa da imprensa contra o Estado, e outro de exercer a defesa do cidadão contra os veículos de comunicação. (1997, p. 11).

Pode-se dizer, destarte, que a mídia exerce sua função social no momento em que atua como mecanismo de defesa da sociedade e dela mesma contra o Estado.

De acordo com José Afonso da Silva:

A imprensa escrita, falada e televisada (como impropriamente se diz) constitui poderoso instrumento de formação da opinião pública (mormente com o desenvolvimento das máquinas interplanetárias destinadas a propiciar a ampla transmissão de informações, notícias, ideais, doutrinas e até sensacionalismos) é que se adota hoje a ideia de que ela desempenha uma função social consistente, em primeiro lugar, “em exprimir às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, colocando-a quase como um quarto poder, ao lado do Legislativo, do Executivo e do jurisdicional”, no dizer de Foderano. (2008, p. 247).

A denominação acima utilizada por José Afonso da Silva da imprensa como quarto poder remonta da história da imprensa inglesa, que “engajada na luta política desde o século XVII, ele mereceu ser chamada, por Burke, em 1787, de o quarto poder.” (ALBERT; TERROU, 1990, p. 12).

Tal posição é acertada, tendo em vista que a mídia constitui hoje um meio tão forte de formação de opinião que acaba por adentrar nas esferas dos demais poderes e influenciá-los nitidamente.

Em verdade, a liberdade de expressão constitui a função social de conferir à população o exercício do controle, ainda que tímido e precário acerca do poder governamental. Contudo, esse controle paulatinamente toma maiores dimensões na medida em que se aprimora a sociedade, os meios de comunicação e os indivíduos.

De acordo com Vidal Serrano, ao citar os ensinamentos de Vital Moreira cada vez mais “a comunicação vai se tornando em um autêntico poder social que pode se constituir

no mais eficaz meio de transmissão da informação, fazendo chegar às residências e repartições tudo o que acontece no mundo”. (1997, p. 10).

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, na mesma senda, assevera que:

O progresso tecnológico transformou, assim, a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso. Mas não de um saber científico, compartimentalizado ou especializado, mas um saber genérico, simples conhecimento do que está acontecendo ao redor do homem para que ele possa tomar as decisões que lhe competem como integrante obrigatório de uma sociedade. Aí reside o interesse jurídico da informação: saber para melhor decidir, para melhor escolher os rumos à dar à sua vida, à vida de sua família, ao seu país, à sua empresa, à sua função, à sua sociedade, ao seu partido político, à sua religião etc. (1999, p. 18-19).

Dessa forma, a informação se presta a fazer com que o indivíduo possa se localizar no espaço e no tempo e em decorrência disso tomar decisões que julgue melhor ao seu bem estar e ao dos que os cercam, do contrário, este indivíduo estaria fadado a viver sob as arbitrariedades do Estado e à ignorância. Com efeito, a ignorância faz do indivíduo uma pessoa facilmente manipulável, retirando-lhe a dignidade da pessoa humana.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho afirma ainda que:

A informação tem, assim, a função social de disseminar o conhecimento humano para pôr em ordem a sociedade, ou seja, ministrar aos membros da sociedade o mesmo conhecimento a fim de torna-los mais iguais no saber, mais próximos uns dos outros, mais aptos a tomar decisões e para que uns aproveitem e compartilhem o saber dos outros. (1999, p. 52).

Com efeito, “o direito de informação, na sua fundamentação subjetiva, ampara o homem na perspectiva de sua vida individual, permitindo o desenvolvimento integral de sua personalidade”. (CARVALHO, 1999, p. 56).

De acordo com John B. Thompson:

Com o desenvolvimento de instituições orientadas para a produção em grande escala e para a difusão generalizada de bens simbólicos, a ampliação da disponibilidade das formas simbólicas se torna um fenômeno social cada vez mais significativo e penetrante. Informação e conteúdo simbólico são colocados

à disposição de um número incalculável de indivíduos, em espaços cada vez mais amplos e em velocidade sempre maior. (2005, p. 35).

Maria Stela Grossi Porto assevera que “[...] a mídia, em suas diferentes facetas, mas com claro predomínio dos meios televisivos, tem protagonizado de modo crescente essa função pragmática de “explicar o mundo” e produzir significado para fatos e acontecimentos sob a forma de representações sociais”. (2009, p. 216-217).

Com efeito, a mídia exerce o papel não só de emitir as notícias, mas também de “explicar o mundo”, conforme dito acima, no sentido de conferir ao ouvinte ou leitor uma ciência mais ampla dos fatos que ocorrem, o seu porquê e sua origem.

No entendimento de Alberto Zacharias Toron:

Pode-se dizer, portanto, sem exagero, que a atuação dos meios de comunicação cria a realidade no sentido de construir verdades que se inculcam nas pessoas, máxime naquelas mais simples e, via de regra, com menor capacidade de crítica. Não que a mídia possa manipular as consciências; há aqui uma interdependência de condicionamento recíproco, em que os meios de comunicação dependem das atitudes preexistentes. Há, como destaca Alessandro Baratta “uma situação pré-comunicativa”. O que acontece, no dizer do jornalista Eugênio Bucci, é que a televisão “se apresenta com os mecanismos necessários para integrar expectativas diversas e dispersas, os desejos e as insatisfações difusas, consegue incorporar novidades que se apresentam originariamente fora do espaço que ela ocupa e, em sua dinâmica, vai dando os contornos do grande conjunto, com um tratamento universalizante das tensões. (2001, p. 265).

Consoante os ensinamentos de John B. Thompson “ o desenvolvimento dos meios de comunicação abasteceu uma crescente conscientização da interconexão e interdependência que ele mesmo, entre outros, ajudou a criar”. (2005, p. 228). Assevera ainda o mesmo autor que os meios de comunicação ajudaram a alimentar “o frágil sentido de responsabilidade pela humanidade e pelo mundo coletivamente habitado” (2005, p. 228), produzindo assim um senso de humanidade nos indivíduos frente aos acontecimentos que hoje lhes chegam ao conhecimento em questão de minutos.

Ao tomar ciência dos acontecimentos do mundo, em especial aos casos mais trágicos, a sociedade se mobiliza em prol das comunidades necessitadas, e este constitui uma grande parte da função social da notícia, mesmo que não seja este seu objetivo primordial.

A finalidade da liberdade de imprensa é manifestada por Flávio Prates e Neusa Felipim dos Anjos Tavares nos seguintes termos:

Cumpra observar que o direito de informar, ou ainda, a liberdade de imprensa leva à possibilidade de noticiar os fatos, que devem ser narrados de maneira imparcial. A notícia deve corresponder aos fatos, de forma exata e factível para que seja verdadeira, sem a intenção de formar nesse receptor uma opinião errônea de determinado fato. O compromisso com a verdade dos fatos que a mídia deve ter vincula-se com a exigência de uma informação completa, para que se evitem conclusões precipitadas e distorcidas acerca de determinado acontecimento. (2008, p. 35).

Assim sendo, além de exercer uma função social, a liberdade de imprensa deve exercer uma finalidade que está ligada a veracidade dos fatos, a fim de que a notícia chegue ao receptor tal como aconteceu, e assim sendo terá sido exercida de forma correta a função social da informação.

No tocante a função social da mídia, Bruna Eitelwein Leite assevera que:

A mídia atua como propagadora dos acontecimentos mundiais, sendo, dessa forma, importantíssima no exercício do direito à informação. Assim, os indivíduos se utilizam dos meios de comunicação para que possam se manter informados e para que consigam se comunicar, dentro de seus ambientes sociais, sobre os acontecimentos ocorridos no mundo. (2011, p. 9-10).

Dessa forma a função social da notícia constitui na possibilidade assegurada constitucionalmente de os indivíduos conseguirem se comunicar entre si acerca dos acontecimentos locais e mundiais em todas as áreas do conhecimento, tomar posições, expor críticas e até exercer um certo controle sobre o Poder Estatal, que não pode mais se furtar de informar tudo o que acontece em sua seara.

As tomadas de decisões dos que estão no poder atualmente, no campo da política, das relações sociais, do sistema financeiro, do direito, entre outras, é analisada esmiuçadamente pelos destinatários das notícias. Exerce-se assim um controle sobre os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – que, podem alterar os rumos da sociedade e da forma como esta é governada.

No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao asseverar que “a informação, de um modo geral, é concebida como instrumento de fiscalização e de participação da população nos assuntos de interesse geral, especialmente os assuntos públicos”. (1999, p. 288).

A importância da imprensa é discutida por Sálvio de Figueiredo Teixeira, que assim comenta:

A imprensa, por sua vez, tornou-se indispensável à convivência social, com atividades múltiplas, que abrangem noticiário, entretenimento, lazer, informação, cultura, ciência, arte, educação e tecnologia, influenciando no comportamento da sociedade, no consumo, no vestuário, na alimentação, na linguagem, no vernáculo, na ética, na política, etc. Representa, em síntese, o mais poderoso instrumento da influência na sociedade dos nossos dias. (1996, p. 15).

De acordo com Cinara Sabadin Dagneze e João Irineu Araldi Júnior “[...] o relevante papel que a mídia representa na construção do imaginário social, e por receber o respaldo de que é imparcial e comprometida com a “verdade”, há de se considerar que a verdade impressa por esta é, para grande parte da população, definitiva e impoluta”. (2010, p. 129).

Mitchell Stephens também não fica alheio às considerações acerca da importância da mídia na sociedade atual, e muito bem a define, ainda que datado de 1993:

Evidentemente, nossa sociedade atribui bastante importância às notícias. Assistimos à noticiários, lemos notícias, debatemo-las, nos maravilhamos com elas e até as maldizemos. O fluxo de notícias se move com suficiente rapidez para que possamos sentir sua presença. Estamos alertas em relação aos movimentos dos políticos e das celebridades, dos criminosos e dos ditadores, que diante de nós são desvendados. (1993, p. 17-18).

“A troca de notícias tem preenchido grande parte dos dias dos quais é composta a história: conversas têm sido dominadas pelas notícias, deslocamentos têm sido motivados pela busca de notícias, assim como o recebimento delas tem estimulado ações”. (STEPHENS, 1993, p. 23).

Certo é que a liberdade de expressão constitui uma função social de imensurável importância nas sociedades atuais. Não há como se perquirir uma sociedade atual

desprovida das garantias atribuídas à liberdade de expressão, de opinião e de informação. Os modelos societários tais quais constituídos hodiernamente são pautados na livre veiculação da notícia, e esta exerce sua função social, seja como forma de exercício do controle estatal, seja como forma de conferir informação, sabedoria, cultura e aprimoramento aos cidadãos incluídos nesta sociedade.

Cumpramos observar, contudo, que apesar de todos os benefícios trazidos à sociedade em razão da liberdade de expressão, esta não é de todo benéfica, assunto que será tratado no capítulo seguinte.

3 A ÉTICA JORNALÍSTICA NO PROCESSO PENAL

Não há que se discutir acerca da importância dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro e sua contribuição para a formação de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o exposto alhures demonstra de forma cabal que a sociedade se organiza e se mantém ordenada em razão deles.

O que ocorre, não raras vezes, é a colisão entre princípios em que um deles acaba por ferir ou dizimar o outro, especialmente nos casos em que se tem em jogo o direito fundamental do indivíduo de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e o direito de expressão midiática.

Assim sendo, após a análise da diferenciação entre princípios e regras, da função social do princípio, da conflituosidade existente entre estes e a exposição não exaustiva de parte dos princípios processuais penais que para o presente trabalho apresentam maior importância, bem como a exposição acerca da historicidade da mídia, da abordagem no tocante ao direito de expressão como direito fundamental e a sua função social, mister trazer à tona um ângulo da mídia que ainda não foi observado, qual seja, o poder de influenciar de forma prejudicial a sociedade, e os problemas decorrentes desta intervenção, mais especificamente no âmbito processual penal.

Cabe aqui, portanto, discutir acerca da importância dos princípios processuais penais e dos princípios relacionados à liberdade de expressão em casos de colisão entre estes, e as formas adotadas para dirimir tais conflitos de modo que não se afronte um princípio ou outro.

Com efeito, discute-se acerca de uma forma de solução para que ambos os princípios possam andar lado a lado, de forma ponderada sem a prevalência de um sobre o outro e sem que um seja dizimado em razão de outro.

Não ficando alheio às diferentes correntes doutrinárias a respeito de tema tão delicado do qual os operadores do direito se deparam diariamente, procurar-se-á traçar um estudo que chegue à uma conclusão plausível de como se deve proceder em tais casos, a fim de ajudar o aplicador do direito na solução de tais conflitos.

3.1 O poder de difusão da notícia

É indiscutível a importância da mídia e sua conseqüente liberdade de expressão para a constituição de uma sociedade livre de arbitrariedades estatais, bem como para a manutenção do cidadão num status opinante e influenciador dos acontecimentos do mundo de hoje. A liberdade de expressão garante, em síntese, a dignidade da pessoa humana ao cidadão.

De tudo o que já foi exposto acerca da liberdade de expressão e sua função social nos dias de hoje, cabe trazer à lume tema que ainda não foi abordado, qual seja, a sua intervenção de forma prejudicial na sociedade, na medida em que, não raras vezes, acaba por entrar em colisão com outros direitos e garantias também previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido, Miguel Reale Junior assevera que:

A questão da colisão de princípios constitucionais, que prefiro denominar de colisão de valores, como honra, dignidade da pessoa humana e intimidade em face da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, maximizados no campo da liberdade de informação é bastante aguda [...]. (2009, p. 63.)

Assim, tem-se que a colisão entre os princípios que envolvem a liberdade de expressão com outros princípios decorrentes do ordenamento jurídico é uma das áreas em que a colisão se demonstra de forma mais evidente e rotineira, e vem crescendo exacerbadamente a medida que os meios de comunicação tornam-se cada vez mais ágeis e mais sedentos por informações.

Nas palavras de Kildare Gonçalves Carvalho:

O direito à informação jornalística, para que seja considerado preferencial aos demais direitos de personalidade, deve atender aos requisitos acima referidos, é dizer, versar sobre fatos de real significado para a sociedade e a opinião pública. Versando sobre fatos sem importância, normalmente relacionado com a vida íntima das pessoas, desveste-se a notícia do caráter de informação, atingindo muitas vezes a honra e a imagem do ser humano. (2009, p. 62).

Com efeito, quando a notícia não é veiculada de forma correta, nos moldes como deveria se apresentar surge, no mais das vezes, a intervenção desta na vida privada do indivíduo, podendo ocasionar para este os mais diversos tipos de complicações, os quais a mídia ignora no momento da veiculação da notícia, tendo em vista que para ela a guerra econômica existente nesse meio é mais importante do que a preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Alberto Zacharias Toron traz em seu estudo os ensinamentos de Sérgio Salomão Schecaira, afirmando que “os meios de comunicação se amoldam às noções de valores que supõe dominantes, ‘mas também os modificam e deformam o comportamento social’”. (2001, p. 265).

Ainda nos dizeres de Alberto Zacharias Toron “a atuação dos meios de comunicação cria a realidade no sentido de construir verdades que se inculcam nas pessoas, máxime naquelas mais simples e, via de regra, com menor capacidade de crítica”. (2001, p. 265).

Destarte, tudo o que se ouve e se vê nos meios de comunicação influenciam o indivíduo a acreditar que o que é dito pela mídia constitui verdade absoluta, e esta não está alheia a esse fatos, pelo contrário, veicula suas informações já com o intuito de produzir esses efeitos na cabeça dos indivíduos.

Ainda nesta senda, não se pode afirmar que a mídia desconhece dos efeitos que produz na população e das afrontas que causa aos direitos e garantias individuais. E quando essas consequências ocorrem de forma provocada, ciente pelo órgão de comunicação, é de se pensar profundamente a respeito.

Maria Stela Grossi Porto tece considerações acerca da notícia, dizendo que:

A notícia é uma mercadoria como outra qualquer, assim como a violência, a qual, com amplo poder de venda no mercado da informação, é transformada em objeto de consumo e faz com que a sua realidade passe a fazer parte do dia a dia mesmo daqueles que nunca a confrontaram diretamente. (2008, p. 220).

Vê-se, pois, que a notícia hoje é vista pelos meios de comunicação como uma mercadoria, e maior parte das violações em que esta incorre é decorrente dessa necessidade de abastecimento de informações ao indivíduo, em que cada meio de comunicação veicula a notícia da forma mais apta a prender o receptor e torná-lo escravo dela, mesmo que para

isso tenha que passar por cima da ética e da moral concernente aos operadores do jornalismo.

Cinara Sabadin Dagneze e João Irineu Araldi Júnior expõem de forma categórica, chegando inclusive ao escopo do presente trabalho, em suas afirmações:

Não se pretende, aqui por óbvio, fazer uma apologia à volta da censura ou à criação de um sistema de “engessamento” ou “amordaçamento” dos meios de comunicação, mas também não se pode admitir que a liberdade de imprensa acabe sendo utilizada de forma a impor uma visão predeterminada às pessoas. (2010, p. 126).

É inegável a influência da mídia no universo particular dos indivíduos, contudo, essa não pode ser exercida a ponto de tolher faculdades e garantias individuais. Se assim for, como de fato o é, estaríamos diante de um poderoso meio de comunicação, carente de regulamentação restritiva, que veicula a seu bel prazer todas as informações que julga necessárias a fim de formar a opinião do indivíduo de acordo com o que lhe interessa, e não como simples forma de informação pura e livre de manipulações.

Nesse sentido, utilizando a doutrina de Vidal Serrano, citando os ensinamentos de Vital Moreira tem-se que:

A comunicação vai se tornando um em um autêntico poder social que pode se constituir no mais eficaz meio de transmissão de informação, fazendo chegar as residências e repartições tudo que acontece no mundo ao mesmo tempo pode se transformar num perigoso veículo de ocisão dos direitos de personalidade, tolhendo faculdades minimamente necessárias para o desenvolvimento do indivíduo. (1997, p. 10).

Vidal Serrano ainda assevera que “a utilização desses meios de comunicação também não pode ser deixada ao arbítrio dos seus proprietários, para que eles possam fazer uso sem qualquer critério, ofendendo a dignidade pessoal [...]”. (1997, p. 11).

Nesse passo, por mais que a mídia também seja utilizada como meio de defesa do cidadão, este argumento não pode ser utilizado como fundamento para tolher os direitos e garantias individuais, o que infelizmente ocorre com frequência na forma de veiculação da notícia. A liberdade de expressão é utilizada como pretexto para a livre atuação dos meios

de comunicação, e em seu nome são realizadas barbáries, que aos olhos do leigo, nada mais são do que notícias puras, dotadas de caráter absoluto.

Vidal Serrano faz uma distinção entre a notícia veiculada puramente e a dotada de crítica, qual seja:

Se se noticia, por exemplo, que foi instaurado um procedimento policial para a apuração de um fato, o emissor da notícia não agregou qualquer crítica à ela. O que, todavia, já não ocorre se ele fizer considerações quanto à eventual necessidade de se acabar com a impunidade nesse território de criminalidade, ou se disser que o agente do fato é conhecido como defraudador de leis. (1997, p. 39).

Dessa forma, há uma distinção entre uma notícia veiculada puramente e uma notícia veiculada em conjunto com uma crítica, contudo, se observa que atualmente a notícia puramente veiculada é exceção à regra, cedendo amplamente o lugar à notícia dotada de crítica, fomentadora da colisão entre os princípios fundamentais estudados no presente trabalho.

Ademais, a notícia veiculada puramente é raridade nos meios de comunicação atuais, e mesmo quando assim feita, por vezes se utiliza de entonações ou dramatizações mascaradas, que da análise superficial, passam como uma notícia pura, sendo que, se feita uma análise mais apurada se verá que mesmo nestas se tem um intuito de incutir no indivíduo a opinião do órgão que veiculou a notícia.

A veiculação desenfreada de notícias esbarra nos direitos de personalidade, momento em que surge a problemática colisão entre direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, destarte, do asseverado por Vidal Serrano no sentido de que “a veiculação das notícias e a formulação de crítica, em regra, encontram reparo nos direitos fundamentais pertinentes às prerrogativas pessoais, ou seja, a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem do indivíduo”. (1997, p. 62).

Ainda de acordo com Vidal Serrano:

A crítica, recaindo sobre um fato ou opinião, a todo o momento poderá entrar em colisão com os assim chamados direitos de personalidade dos cidadãos, estabelecendo um quadro em que, de um lado, a sociedade aspira por informações (notícias, comentários e críticas) relativas aos fatos e pessoas notórios, pois a participação integral na vida comunitária pressupõe o conhecimento dessas informações e o acesso a essas críticas. De outro lado,

porém, colocam-se, por vezes, os direitos à honra, à privacidade e à intimidade do indivíduo que foi objeto da notícia ou da crítica. (1997, p. 84).

Tem-se, destarte que a veiculação da notícia hodiernamente exacerba seus limites, adentrando na esfera de outros direitos e garantias fundamentais, sem que se exerça qualquer controle sobre ela. A veiculação da notícia é feita ao livre arbítrio dos detentores dos meios de comunicação, que visando o lucro e aniquilar a concorrência, acabam por olvidar os mandamentos fundamentais da Carta da República.

De acordo com as reflexões de Hannah Arendt:

A distinção entre as esferas pública e privada, encarada do ponto de vista da privacidade e não do corpo político, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Somente a era moderna, em sua rebelião contra a sociedade, descobriu quão rica e variegada pode ser a esferas do oculto nas condições de intimidade. (1993, p. 82).

Nesse passo, somente com a eclosão de inúmeras formas de veiculação da notícia, da rapidez com que esta é realizada e com os assuntos por ela tratados, invadindo a vida íntima dos indivíduos é que se passa a observar o quão sagrada é a privacidade e quão arrebatador são os efeitos causados pela invasão desta.

Flávia Rahal traz à baila grande verdade ao afirmar que “argumenta-se com a vantagem para a sociedade na transparência da justiça, para invadir a intimidade de pessoas e expor-lhe a vida privada”. (2004, p. 273).

Com efeito, além do argumento de estar agindo ao abrigo da liberdade de expressão, os operadores dos veículos midiáticos ainda atuam sob o pretexto de que a informação deve atender ao interesse social, e até que se defina o que realmente constitui interesse social ou não, ao notícia já foi ao ar, já formou a opinião do receptor e já causou seus estragos no atinente aos direitos de personalidade.

Sérgio Cavalieri Filho, em prefácio à obra de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho tece reflexões relevantes acerca do tema:

Até que ponto, escudada na liberdade de informação, pode uma empresa jornalística invadir a intimidade alheia, divulgar fatos da vida privada e explorar a imagem de outrem? A informação lembra o Prof. Grandinetti, “é a mais poderosa arma dos tempos modernos; quem detém a informação, tem o poder”, de sorte que, se não houver limites para o direito de informar, estará comprometido o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (1999, prefácio).

Como já dito alhures, tem-se constantemente que o argumento da liberdade de expressão é utilizado como amparo para a veiculação de todo e qualquer tipo de notícia, desprovida ou não de veracidade. Utiliza-se tal fundamento para culminar os direitos de personalidade sem a cabível responsabilização. Nesse sentido também são as palavras de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Advogar a livre expressão humana não equivale a afastar toda e qualquer possibilidade de reprovação. Como toda a ação humana, a liberdade de expressão pode causar prejuízo a bem jurídico de outrem, material ou imaterial, e por ele deve responder. A ninguém é dado ofender outrem impunemente, ao argumento de que é livre a manifestação do pensamento. Se é livre a manifestação do pensamento, também todos tem direito à honra, à intimidade, à imagem etc. Os direitos, portanto, devem se autolimitar, o que significa conviver harmonicamente e pressupõe incansáveis concessões recíprocas. (1999, p. 29-30).

Tendo em vista os meios de comunicação atuais e a veiculação das notícias minuto a minuto, trava-se uma guerra entre as empresas de comunicação, em que cada uma delas ocupa-se em veicular o quanto antes a notícia, sem que se tenha tempo de analisar se o que está sendo veiculado está de acordo com os preceitos do Estado Democrático de Direito. Nesse passo, as garantias e direitos fundamentais tem sido de certa forma obrigados a ceder em razão da imediatidade e da falta de comprometimento dos veiculadores da notícia com a profissão que exercem.

O modo como as notícias são veiculadas não permitem ao receptor formar um juízo de opinião correto acerca do fato. A informação já vem atrelada à uma opinião, ou a um prejulgamento, não raras vezes dotadas de paixão e ódio, que incutem na cabeça do receptor ser aquela a verdade absoluta, e este, na maioria das vezes desprovido do conhecimento técnico necessário para discernir acerca do que está sendo veiculado acaba por tomar a mesma opinião da qual tem interesse o órgão midiático.

Nesse sentido, tem-se as palavras de Bruna Eitelwein Leite:

Contudo, em razão da informação ser prestada a todas as pessoas da mesma forma, não há somente manipulação da opinião das pessoas desinformadas ou que não conseguem entender o conteúdo da informação, são igualmente influenciadas as pessoas que detêm informação, seja cultural, educacional, social ou política. Isto ocorre pela relação que os indivíduos vêm estabelecendo com os meios de comunicação, em razão da necessidade de manterem-se informados e com a falta de tempo para pesquisarem em diversos e diferentes meios de comunicação, cada vez mais o que se enxerga é que a imprensa, principalmente a televisão, faz parte do cotidiano das pessoas e influencia estas. Elege-se um jornal, um telejornal, ou um site da internet, geralmente ligados à mesma empresa de comunicação, para inteirar-se dos acontecimentos mundiais. Assim, o que acaba acontecendo é a absorção de notícias dotadas de conteúdo valorativo que determinado meio de comunicação impõe. (2011, p. 12).

A comoção social trazida via meios de comunicação descomprometidos com a veiculação correta da notícia é uma arma perigosa colocada à disposição da sociedade, que desprovida do conhecimento necessário, tece considerações e forma opiniões acerca da pessoa objeto da notícia que vão acompanhá-la pelo resto da vida, influenciando na sua vida íntima e social, dizimando o seu direito a dignidade da pessoa humana.

Os órgãos de comunicação não podem olvidar que depois de veiculada a notícia, não há mais como reverter a situação, ante a massificação e imediatidade com que a notícia se dissipa e se torna verdade absoluta para o receptor. Por isso é que se prega por uma análise pormenorizada de acordo com a área a que pertence a notícia antes de trazê-la à público como verdade absoluta.

Acerca da imparcialidade dos órgãos midiáticos, cumpre observar o disposto por Cinara Sabadin Dagnese e João Irineu Araldi Júnior:

No mesmo momento em que a mídia (mesmo trazendo informações verdadeiras) demonstra-se tendenciosa (ou realiza juízos de valor), resta evidenciado que não está atendendo de forma fiel à previsão constitucional. Quando a mídia se coloca ao mesmo tempo no papel de meio de informação e órgão julgador, está colocando em risco o regime democrático, pois acaba impondo sua opinião (e vontade) e em muitas situações convencendo as pessoas de que aquela visão (muitas vezes) viciada é a mais correta. (2010, p. 128).

Ainda no mesmo sentido, Carla Gomes de Mello, citada por Bruna Eitelwein Leite conclui que “o veículo midiático sensacionalista faz da emoção o principal foco da matéria, esquecendo-se do conteúdo da notícia a ser repassada, se é que ela existe”. (2011, p. 11).

Com efeito, a veracidade da informação já não ganha tanta importância frente à ânsia dos veículos de comunicação em angariar mais ouvintes e leitores, tendo em vista que a notícia tomou o caráter de produto, que é vendido pela mídia a qualquer preço, mesmo que para isso esbarre nos direitos de personalidade.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho assevera que:

Não se advoga amordaçar a informação jornalística, permitindo-lhe apenas o apego à narrativa seca do fato. Não é isso o que se propõe. O que se sustenta é que o fato seja narrado com imparcialidade, com isenção, como uma verdadeira magistratura. O serviço público desempenhado pela atividade jornalística exige a mesma neutralidade do magistrado ao narrar os fatos. Mas isso não quer dizer que o jornalista não possa dar a sua opinião, nem possa conjeturar sobre os fatos. Mas ao fazer isso, deve proceder com total transparência: a opinião normalmente é exteriorizada em editorial ou mesmo em outro local desde que com transparência. (1999, p. 89).

Como dito alhures, não se pretende aqui que os meios de comunicação se limitem a uma narrativa seca do fato. Esta narrativa pode ter agregada uma opinião ou uma crítica acerca do acontecimento. O que se pretende, em verdade, é uma seja feita de forma responsável e comprometida com a verdade. Além disso, deve ser elaborado com a observância dos preceitos relativos a cada área de atuação que diz respeito a notícia.

O que se quer dizer quando se fala em observância à área de atuação é que, a título de exemplo, no caso de uma notícia relativa à um crime qualquer, o operador da comunicação deve se munir do conhecimento necessário do Direito Penal e Processual Penal, a fim de veiculá-la de forma correta. Do contrário, esmaeceriam todas as garantias concernentes a esse ramo do direito e ao acusado do crime.

Ademais, não é raro ver notícias veiculadas de forma errônea, que a despeito de merecerem repressão em razão disso, ainda acabam por incutir no receptor sentimentos de ódio e emoção popular contra a pessoa objeto da notícia, que se tornam irreparáveis.

Não é raro, também, que a simples narrativa seca do fato, por si só, acabe por ferir os direitos de personalidade, pois essa narrativa seca do fato pode vir acompanhada de entonações e linguajares que provoquem os sentimentos mais diversos no receptor da notícia. Nesse sentido são os ensinamentos de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

No que tange ao linguajar empregado, a notícia é ilegítima se não se usa de leal clareza, ou seja, se se procede com insinuações, subentendidos, sugestionamentos, tom despropositadamente escandalizado ou artificioso e sistemática dramatização de notícias que devam ser neutras. (1999, p. 231).

Essas formas de encenação da notícia são utilizadas na maioria dos casos, muitas vezes mascaradas, de forma que o receptor não perceba o intuito do meio de comunicação, e assim, acabam por formar juízos de convicção sobre o fato, atingindo a mídia o seu objetivo primário.

No mesmo sentido assevera Bruna Eitelwein Leite:

Contudo, as informações veiculadas pelos meios de comunicação nem sempre são verdadeiras, podendo ser definidas como parciais, pois retratam a forma pela qual o jornalista que a escreve enxerga determinada situação ou fato, bem como demonstram somente uma versão sobre o ocorrido, ocultando informações precisas e veiculando somente o que retrata a forma de pensar de determinado veículo de imprensa. (2011, p. 10).

Importante, nesta senda, trazer à tona o asseverado por Pierre Bourdieu, no tocante a influência dos jornalistas:

Tem-se a impressão de que a pressão dos jornalistas, exprimam eles suas próprias visões ou seus valores próprios, ou pretendam, com toda a boa fé, fazer-se os porta-vozes da “emoção popular” ou da “opinião pública”, orienta por vezes muito fortemente o trabalho dos juízes. (1997, p. 82).

Cabe aqui uma ressalva acerca do colacionado acima, no sentido de que o autor, ao afirmar que o que constitui mera impressão, é fato. A pressão dos jornalistas influencia sim, e de forma exacerbada o trabalho dos juízes, principalmente por incutirem no povo a noção de celeridade da atuação jurisdicional e que se esta não é realizada na forma como a sociedade quer e como a mídia impõe, o judiciário é tratado como órgão dotado de morosidade e provedor de injustiças.

Ainda nas palavras de Pierre Bourdieu, para ele “a mídia não cessa de intervir para enunciar vereditos”. (1997, p. 83).

Com efeito, a mídia ao veicular a notícia já fornece de antemão um veredicto, que na cabeça do particular é tido como verdade absoluta. Esse poder que a mídia desfruta, de fazer prejulgamentos, constitui um grande perigo aos direitos e garantias individuais, que no mais das vezes passam despercebidos pelo receptor.

Alberto Zacharias Toron, ao citar a doutrina de Israel Drapkin assevera que:

Como relatou Israel Drapkin no seu clássico *Imprensa e Criminalidade*, sonegar notícias ou retardar a publicação de outras até quando fosse oportuno; misturar notícias com opiniões condenatórias ou de aprovação; ampliar fatos insignificantes e reduzir o destaque de outros, de real importância; utilizar frases sentimentais, com vista a despertar a simpatia ou a antipatia (...) são práticas conhecidas, e era exatamente o que fazia a imprensa hitlerista. (2001, p. 262).

Bruna Eitelwein Leite, ao citar os ensinamentos de Ana Paula Albrecht Schifino, dispõe que “os comunicadores de televisão têm a chance de situar o público diante da parte que mais lhe interessa destacar, não que mintam intencionalmente, mas comunicam sob a perspectiva de um ponto de vista determinado por eles”. (2011, p. 10).

A mesma autora afirma ainda que:

Ademais, além das informações não serem prestadas de maneira precisa e não serem imparciais, em razão da liberdade que a imprensa possui, ela acaba por explorar determinados assuntos de maneira exacerbada e sensacionalista, cometendo excessos e estabelecendo a suposta verdade do caso. Ainda, a mídia elege os assuntos que, condizendo com seu interesse, são considerados importantes e terão grande divulgação. (2011, p. 10-11).

Notícias tendenciosas e insinuantes, ainda que sob a máscara de um jornalismo sério devem ser banidas do sistema, não pela sociedade, pois esta não tem o condão nem o discernimento necessário para tal, mas sim pelo Poder Legislativo e pela atuação do Poder Judiciário, a fim de garantir a observância dos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

Não se quer aqui retirar o *status* de direito fundamental da liberdade de expressão, apenas regulá-lo e direcioná-lo a uma atuação de forma mais correta e concernente aos anseios da sociedade, sempre tendo em vista que à área de atuação da liberdade de expressão vai até o limite que esbarra na área dos direitos atinentes à personalidade.

De acordo com Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Se o leitor desejar conhecer a opinião do órgão de informação, poderá consultar o editorial, se houver. Mas o fato deve ser dado a conhecer isento de apreciações pessoais do informador, embora possa conter apreciações pessoais de participantes do fato ou de pessoas ouvidas sobre o fato, pois nisso também consiste a notícia. Assim, compete ao órgão de informação levantar hipóteses, as conjeturas, pois tais atividades estão compreendidas na faculdade genérica de investigar, importante instrumento de atuação da informação como exercício do controle social. (1999, p. 90).

Conforme já afirmado, não se quer retirar da mídia todas as suas prerrogativas, isto porque não se pode olvidar da função social benéfica que ela exerce aos cidadãos, do contrário voltaríamos à época da censura, incompatível com o Estado Democrático de Direito em que hoje se vive. Contudo, as dimensões que os veículos midiáticos tomaram no sentido de formar juízos negativos de convicção e de ir de encontro às demais garantias e direitos individuais não pode continuar desenfreadamente, há que se postular soluções acerca desses conflitos a fim de que os princípios basilares do direito atuem de forma harmônica.

Nesse sentido, cabe trazer os ensinamentos de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho afirmando que:

Qualquer manifestação do pensamento submete-se ao limite imposto pelo respeito à honra alheia, protegido normalmente pelos Códigos Penais. Com maior razão, no âmbito da liberdade de informação, o controle penal será inafastável se tipificada a conduta como crime. (1999, p. 92).

Contudo, a seara penal para a punição dos órgãos de comunicação é raramente utilizada, e talvez por essa razão é que estes hajam de forma livre e desvinculada com a verdade.

Cinara Sabadin Dagnese e João Irineu Araldi Júnior afirmam que “se a mídia ultrapassa os limites de informar e se arvora no papel de outras instituições (poderes) em total desatenção às demais previsões da Carta constitucional, resta evidente que está agindo de forma equivocada e, se não inconstitucional, antiética”. (2010, p. 128).

Os prejulgamentos feitos pela mídia, no âmbito Penal e Processual Penal são os casos mais notáveis de violação do estado de não culpabilidade e os direitos de personalidade. Acabam por rechaçar a figura do acusado, sem que tenha a ciência da veracidade do fato, que só irá ocorrer após uma sentença penal com trânsito em julgado. Contudo, a forma com que se veicula tais notícias colocam um estigma na vida do acusado, atentando sua dignidade, que, por mais que seja posteriormente absolvido, não será restaurada, e é sobre este viés que tratar-se-á da mídia no item seguinte.

3.2 O julgamento imparcial frente aos casos expostos na mídia

Após traçado em linhas gerais a influência negativa que a mídia exerce na sociedade, e, conseqüentemente na formação de opinião dos receptores, ocasionando conflitos entre as garantias fundamentais do indivíduo, cabe discorrer acerca da violação constante da mídia nos processos referentes ao Direito Penal e Processual Penal.

Como visto alhures, a liberdade de expressão é utilizada como escudo para a violações de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, mais comumente no tocante aos direitos de personalidade, e em especial, o estado de não culpabilidade do réu, que será tratado especificamente neste tópico.

O princípio da não culpabilidade consiste, basicamente, em afirmar que ninguém é considerado culpado até que sobrevenha o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Este princípio garante ao acusado de um crime a sua incolumidade, não podendo sofrer degradações de ordem física e moral. Somente após uma sentença penal que já tenha transitado em julgado é que este indivíduo torna-se legalmente culpado pelo crime e habilitado a cumprir sua pena. Antes disso, todas as manifestações que degradam sua imagem afrontam o referido princípio.

De acordo com Cinara Sabadin Dagneze e João Irineu Araldi Júnior:

Além da liberdade de informação, tem-se no caso em questão uma previsão que tutela a liberdade pessoal, qual seja, aquela insculpida no inciso LVII do artigo 5º da Constituição, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se do princípio de

presunção de inocência, característico e ínsito ao Estado democrático de direito. (2010, p. 127).

A atuação da mídia neste campo é intensa e no mais das vezes acaba por violar o estado de não culpabilidade, fazendo prejulgamentos e inculcando na cabeça do receptor os mais diversos sentimentos contra a pessoa que está sendo objeto de um inquérito ou ação penal.

Nesta senda, cabe trazer as palavras de Flávia Rahal:

A liberdade de imprensa é valor constitucional que deve ser respeitado e ao qual não se pode impor qualquer tipo de censura prévia, por determinação constitucional. Como qualquer liberdade, no entanto, ela não é absoluta e por vezes se opõe a outros valores de igual importância. Na simbiótica relação de que estamos falando ela acaba por se contrapor, no mais das vezes, à presunção de inocência e à intimidade e o que se vê, com frequência, é o perecimento dos dois últimos. (2004, p. 274)

O que se depreende da análise das notícias veiculadas pela mídia a respeito de um fato criminoso é que esta provoca nos ouvintes e leitores um repúdio ao acusado, que são frequentemente linchados pelo público, que anseia de imediato pela prisão do acusado.

Sem saber ao certo o que realmente ocorreu, ou mesmo por desconhecimento do processo e dos procedimentos penais é que se evidenciam esses tipos de matérias midiáticas aptas a condenar o acusado antes mesmo da instauração do inquérito policial.

A natureza humana tem agregada em si uma grande tendência a sentir atração pelos fatos criminosos. Isso se revela através da análise histórica, que desde os tempos mais remotos, as execuções de condenados constituíam verdadeiros espetáculos, em que o público ansiava enaltecidamente pelo sangue do condenado. A exemplo disso tem-se a obra de Michel Foucault - *Vigiar e Punir*, em que as execuções se realizavam de forma pública e constituíam para o condenado verdadeiros suplícios.

Carla Gomes de Mello, trazida à baila por Bruna Eitelwein Leite muito bem discorre acerca da atração do público pelos fatos criminosos:

O crime, desde os tempos mais remotos, onde predominavam execuções públicas que se constituíam em verdadeiros espetáculos de horror, fascinava a população e era notícia. A mídia, sabedora desse fascínio e atração do público pelos acontecimentos violentos, desde então, explora o assunto. (2011, p. 13).

Tem-se, contudo, que a atração do ser humano por espetáculos de tragédia e execração de suspeitos ou condenados é ínsita à sua natureza, e com o advento da mídia e a consequente percepção desta sobre esses impulsos humanos fez com que, na sociedade moderna, o crime virasse um dos produtos mais rentáveis dos veículos midiáticos.

Tais afirmações encontram respaldo nas palavras de Flávia Rahal, ao asseverar que:

A inocência nunca é notícia. A notícia nasce com a informação policial sobre a culpa e, a partir daí, o órgão de imprensa que, para não ter que se desmentir, passa a defender a realidade dessa informação. Por isso, dizia o grande advogado, a imprensa é sempre acusação. (2004, p. 273-274).

Com efeito, o asseverado por Flávia Rahal pode ser comprovado através da simples análise de um jornal, em que raramente se encontrará uma notícia acerca da absolvição de um acusado de um crime. Após veicular a notícia criminosa e fazer prejuízos acerca da culpabilidade do agente esgotando o tema, a mídia silencia, e mesmo com a superveniência de uma sentença penal absolutória, esta não volta às manchetes, de forma que o acusado do crime será, na opinião dos receptores da informação, um eterno criminoso.

Cumprido trazer, nesta senda, parecer exarado por Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, trazido à baila por Miguel Reale Júnior no que diz respeito aos limites à liberdade de expressão:

A proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. A liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos [...]. (2009, p. 69).

Nesse sentido, é indubitável que a veiculação de matérias jornalísticas acerca de delitos não possa ser feita na forma de sensacionalismo puro, contudo, tais veiculações, ao invés de cessarem, vem crescendo em tamanhas proporções e tem sido tão corriqueiras e aceitas pelo público leigo, que já se tornou um hábito do qual ninguém intervém de forma categórica e hábil a modificar o modo de veiculação das notícias a fim de fazer cessar as violações dos princípios ocorridas diariamente.

Com efeito, os erros e excessos das informações midiáticas, além de não contribuírem para a formação de um livre juízo de convicção dos receptores, ainda atuam como agravante da violação do estado de não culpabilidade.

Nos dizeres de Nilo Batista:

Cumprе reconhecer que quando o jornalismo deixa de ser uma narrativa com pretensão de fidedignidade sobre a investigação de um crime ou sobre um processo em curso, e assume diretamente a função investigatória ou promove uma reconstrução dramatizada do caso – de alcance e repercussão fantásticamente superiores à reconstrução processual – passou a atuar politicamente. (2003, p. 247).

A notícia acerca de um fato surge antes mesmo de ser instaurado o inquérito policial, e em questão de minutos após a prática de um delito, o suposto culpado já vê sua foto estampada nas capas dos jornais e matérias televisivas que relatam detalhadamente e no seu ponto de vista todo o acontecido.

Programas televisivos dedicam tempo considerável tratando de um único delito, e logo após ser praticado o acusado vê os jornalistas tecendo considerações a seu respeito e emitindo juízos de convicção que afirmam categoricamente não só a autoria do delito, como suas motivações e elementos detalhados do crime.

Na maioria dos casos, estas notícias veiculadas chegam ao receptor com um amplo caráter de sensacionalismo, que transforma a pessoa do acusado em um sujeito detestável e repugnante, que deve ser banido da sociedade o mais célere possível.

Assim, o receptor, ao tomar ciência de tais fatos não racionaliza ao ponto de averiguar a veracidade da matéria, ou aguardar um julgamento justo para que se tenha certeza da materialidade e autoria do delito.

A sociedade clama por prisões imediatas, jogando ao olvido o fato de que o processo penal reveste-se de procedimentos formulados de forma a assegurar o máximo das garantias e a busca pela verdade real.

Tais apurações a serem feitas, em princípio em sede de inquérito policial e posteriormente através de um processo penal regular não são tarefas fáceis e rápidas. Trata-se de um trabalho feito esmiuçadamente e com zelo pelos operadores do direito, a fim de que não sejam cometidas injustiças e de que o verdadeiro autor do delito seja condenado e cumpra a pena que lhe cabe, nem a mais, nem a menos. Contudo, o cidadão que anseia pela prisão imediata do condenado e que desconhece os procedimentos penais acaba vendo o Judiciário como órgão provedor de injustiças e de morosidade.

Com efeito, tais notícias veiculadas pela mídia, além de ferirem expressamente o estado de não culpabilidade, ainda contribuem para uma visão pejorativa do Poder Judiciário. Tem-se aí um jornalismo descomprometido com a verdade e com os efeitos que sua notícia causa na sociedade, que vibra intensamente a cada fato criminoso ocorrido.

Nesse sentido, cabe trazer as lições de Luiz Flávio Gomes, trazido à baila por Bruna Eitelwein Leite:

Não existe “produto” midiático mais rentável que a dramatização da dor humana gerada por uma perda perversa e devidamente explorada, de forma a catalisar a aflição das pessoas e suas iras. Isso ganha uma rápida solidariedade popular, todos passando por um discurso único: mais leis, mais prisões, mais castigos para os sádicos que destroem a vida de inocentes indefesos. (2011, p. 14).

A mídia sequer poupa os familiares das vítimas, que são procurados incessantemente para que prestem seu depoimento, desconsiderando a dor pela perda e o momento difícil pelo qual que estão passando.

Com o depoimento dos familiares das vítimas, a mídia atinge seu auge, conseguindo adentrar nos mais íntimos sentimentos do receptor, tomando-o de ódio e ira direcionados ao acusado. Não raras vezes ocorrem verdadeiros linchamentos dos suspeitos da prática de um crime. Pessoas ansiando pela prisão cercam as delegacias e realizam protestos fervorosos contra o acusado.

Neste ponto o estado de culpabilidade já foi violado, e seus efeitos são irretroativos. Após toda a mobilização feita pela mídia, o acusado, mesmo que posteriormente seja absolvido, levará o estigma para sempre. Assim, destroem-se vidas familiares, vidas

sociais e empregos, tudo em função de um sensacionalismo e dramatizações exacerbados da mídia, pautado na obtenção de lucro. Assim, para a mídia, quanto mais crimes melhor, o que acaba por incitar, ainda que de forma indireta, práticas delituosas.

Bruna Eitelwein Leite assevera que:

Como os crimes possuem grande valor moral, a imprensa aumenta a publicidade quando da prática de um delito, especialmente, quando se trata de crime doloso contra a vida, emitindo juízos de valor sobre o fato delituoso. E, como não há a multiplicidade de opiniões sobre o delito cometido, o leitor acaba por influenciar-se com a única opinião emitida nos meios de comunicação. (2011, p. 13).

Conforme salientado por Aduino Suannes, “presunção de inocência e direito ao silêncio são jogados ao olvido, em nome de um genérico ‘interesse público’”. (1998, p. 3).

Cumprido ressaltar que tal interesse público é distorcido pela mídia, fazendo crer que os espetáculos de sangue postos em voga revestem-se deste caráter, enquanto o real interesse público em muito difere disto. O interesse público no tocante à veiculação de notícias reside em tomar ciência dos fatos criminosos em sua versão pura, livre de encenamentos, dramatizações e sensacionalismos.

Não se prega aqui por omitir os fatos criminosos ocorridos diariamente na sociedade, e sim que estes sejam veiculados de forma correta, por um jornalismo dotado de ética e realmente comprometido com a verdade.

Israel Drapkin, citado por Alberto Zacharias Toron em seu artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, afirma que:

O fato, porém, é que dada a transcendência do papel da imprensa nas sociedades contemporâneas, que Israel Drapkin qualificou como o “Quarto Poder do Estado”, não está em jogo apenas a contraposição dos direitos individuais do cidadão em face da liberdade de imprensa, ambos de índole constitucional, mas algo até mais grave que é a crescente *manipulação de fatos* pela mídia, chegando, em não poucas oportunidades até a criá-los como bem demonstra Luiz Guilherme Vieira e, assim, levar a opinião pública e, até mesmo membros do próprio judiciário, a hostilizar determinado suspeito ou acusado. (2001, p. 259).

Com efeito, é indubitável que “num discurso de dois mundos – bem x mal – apresentado diariamente pela imprensa, o imaginário social se constrói cada vez mais pelo espetáculo de sangue”. (ROSA, 2004, p. 243).

De acordo com Luis Nassif, citado por Flávia Rahal “dá-se publicidade a cada processo como se fosse a sentença definitiva, antes mesmo de que a outra parte seja ouvida”. (2004, p. 277).

Seguindo o asseverado por Luis Nassif, mister ressaltar que sentenças definitivas são prolatadas pela mídia diariamente. A veiculação da notícia pejorativa ocorre tão rapidamente, que o acusado sequer tem tempo de defender-se e prestar o seu depoimento dando a sua versão dos fatos. Esta já não importa, uma vez veiculada a notícia este já é previamente condenado, e as razões ou circunstâncias do fato asseveradas pelo acusado já são assimiladas pelos receptores como mentiras e tentativas descaradas de escusar-se da prática do fato criminoso, isso porque, a mídia já sentenciou-o como culpado.

Tais linchamentos feitos pela mídia e pelos cidadãos constituem para o acusado uma espécie de pena da qual a este não é dado cumprir. E fala-se em pena, porque o martírio sofrido pelo acusado da prática de um crime muito se assemelha as execuções públicas feitas na antiguidade, e por vezes, causa efeitos piores do que o cumprimento de uma pena prevista no ordenamento jurídico.

De acordo com Nilo Batista “o novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos”. (2003, p. 245).

A sociedade recebe a notícia, e antes de mais nada pugna imediatamente pela prisão do acusado. Não se analisam as circunstâncias do fato e muito menos se até ao estado de não culpabilidade. O que se quer, em verdade, é a banimento imediato do acusado da sociedade. A mídia incute na cabeça dos receptores que com a prisão imediata do acusado tem-se restabelecida a paz social.

Carla Gomes de Mello, citada por Bruna Eitelwein Leite afirma que:

Holofotes cinematográficos são dirigidos ao suspeito do crime com o intuito de revelar sua identidade e personalidade. Em poucos segundos sabe-se de tudo, detalhadamente, a respeito da vida desse cidadão e de seus familiares. Tudo é vasculhado pela mídia. Bastam alguns momentos para que eles se vejam em todas as manchetes de telejornais, revistas e jornais. A mídia, assim, vai produzindo celebridades para poder realimentar-se delas a cada instante, ignorando sua intimidade e privacidade. (2011, p. 15-16).

Dessa forma, a sociedade, face ao desconhecimento do processo penal e seus procedimentos, deixa-se contagiar pelas paixões e pelas suas próprias ideias de justiça, casos em que, a proporção que o caso toma é de tal monta que a lei já não consegue mais frear os impulsos da população.

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa:

Os programas ‘sangue-show’ são conduzidos por jornalistas que se submetem às expectativas mais primitivas do humano, indicadas por **Juvenal: pão e circo**. A fascinação pela barbárie encontra na mídia *delivery* seu melhor canal para o embrutecimento humano, sua servidão voluntária (**La Boétie**). (2004, p. 234-235).

A mídia, por estar cega frente aos interesses econômicos acaba por atropelar a lei e os princípios decorrentes do ordenamento jurídico, em especial o do estado de não culpabilidade, corolário do princípio da dignidade humana.

Ainda no tocante ao sensacionalismo exacerbado da mídia e a sua influência na vida do acusado, tem-se o lecionado por Maria Stela Grossi Porto:

Os fenômenos da violência, ao serem enfocados pelos meios de comunicação de massa, invadem cotidianamente nossos sentidos com espetáculos que parecem querer sinalizar a barbárie, colocando-nos às vésperas de uma guerra civil. São imagens, discursos e narrativas que acabam por produzir um deslocamento nos conteúdos do imaginário social, por meio do qual o “mito do homem cordial” cede espaço à “lei do mais forte”, compondo um quadro mental de inquietude e de caos, percebidos como representativos da contemporaneidade brasileira. (2008, p. 218).

Nesta seara, de acordo com as notícias midiáticas, há uma banalização dos fatos criminosos, implantando no receptor um sentimento exagerado de que a criminalidade brasileira é maior do que realmente é, e de que a Justiça não funciona como deveria. Instaura-se um caos e um sentimento de insegurança tamanha que faz com o receptor sintasse prisioneiro em seu próprio domicílio, e de que os criminosos andam soltos podendo atuar livremente sem que sejam penalizados. A ideia que se incute é de que o processo penal não funciona.

Flávia Rahal assevera ainda que:

Quando determinados casos se tornam populares, assunto de botequim, corriqueiros nas páginas dos jornais, correm o risco de entrar na lógica da imprensa e a lei deixa de funcionar como deveria; não serve para frear os anseios populares. Com isso, a chance de decepcionar é enorme, o que cria uma sensação de ceticismo e desencantamento na busca pela verdade e realização de justiça. (2004, p. 277).

Com efeito, em função do grande clamor social que os casos criminais veiculados pela mídia causam, a sociedade requer soluções rápidas a esses casos, e o que se depreende é que, quando noticiada a prisão de um acusado – ainda que na hipótese de prisão preventiva ou provisória – não há mais o interesse do público no assunto, visto que o seu interesse se satisfaz com a prisão do acusado, seja ela legítima ou não.

“Os exaltados âncoras dos telejornais reeditam a fórmula do *são sentimento* do povo brasileiro, qualificando os fatos como vergonhosos e vociferando por prisões”. (TORON, 2001, p. 263).

Flávia Rahal ainda elucida os efeitos dos prejulgamentos midiáticos, quais sejam:

É indiscutível que quando um inquérito policial, uma ação penal ganha as páginas dos jornais há um prejulgamento detestável, uma antecipação do julgamento pela Imprensa, uma violação inconcebível da regra constitucional da presunção de inocência. Reputações são destruídas. Famílias atacadas. Carreiras paralisadas. [...]Famosos e incógnitos vêem seus destinos traçados não nos autos do processo, mas nas páginas dos jornais. Os olhos do público em determinados casos voltam-se não para a Justiça, mas para a Imprensa. Há uma troca de funções: a imprensa passa a julgar e a Justiça exerce o papel de sua informante! (2004, p. 274).

Nesta seara, a não observância do estado de não culpabilidade mostra o seu efeito mais cruel, qual seja, dizimar a vida do acusado. Os efeitos são tão graves que acabam por justificar a inclusão do estado de não culpabilidade no rol dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. A sua não observância corrói a vida do acusado, de sua família, amigos e a sua vida em sociedade; seu emprego fica prejudicado, e sua volta ao mercado de trabalho mais ainda.

Em síntese, a dignidade humana do acusado é jogada ao chão e pisoteada pela sociedade, ao olvido de que a notícia veiculada trata, ou ao menos deveria tratar, apenas de hipóteses, pois ainda não se tem um juízo certo acerca da materialidade e da autoria do delito, o que só se obterá após uma sentença penal irrecorrível.

O mesmo entendimento é o de Bruna Eitelwein Leite, qual seja:

Ocorre a condenação popular do suspeito/réu, não se considerando em que situações o crime foi cometido, se realmente foi praticado da forma que a notícia expõe, os problemas sociais, emocionais ou psicológicos que atormentam a vida do indivíduo. Nada disso importa, o que se pretende, muitas vezes, é que essa pessoa seja excluída da sociedade que o condenou e que acredita que ele mereça uma pena cruel e perpétua. (2011, p. 16).

Com efeito, a vida do acusado se exaure no momento em que é feito o prejulgamento midiático. A notícia de uma sentença penal absolutória não interessa para a imprensa e mesmo que fosse veiculada, não retiraria do acusado o estigma que a sociedade lhe pôs. Será eternamente tachado como o acusado de ter praticado o delito e a tendência da sociedade é de julgar que a absolvição se deu em razão dos benefícios que o processo penal dispõe, e não em razão de ausência de autoria.

De acordo com o asseverado por Nilo Batista:

Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como estorvo), da plenitude de defesa (*o locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imagine-se num flagrante gravado pela câmera!) e outras garantias do estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível de delito-sentença (= pena-notícia). (2003, p. 245-246).

Somente a notícia da condenação e do recolhimento do acusado à prisão – que passa agora ao status de condenado -, acalma os ânimos da sociedade. E ainda assim, em razão da descrença no Judiciário, incutido na cabeça dos receptores pela mídia, a sociedade corriqueiramente afirma que de nada adianta a prisão tendo em vista que em pouco tempo este condenado estará solto e voltará às ruas para a prática de novos delitos. Assim, ao mesmo tempo que a notícia da prisão do condenado causa uma certa calma nos anseios populares, estes não cessam por completo, afirmando que logo o condenado estará de volta às ruas apto a praticar novos delitos.

Nilo Batista afirma categoricamente que “no caso de réus ainda não-sentenciados, a presunção de inocência e o direito a julgamento justo são simplesmente escarnecidos”. (2003, p. 261).

Tal afirmação é de todo correta. A população clama por prisões imediatas, ao olvido do devido processo legal e do direito a um julgamento justo, e mais ainda no que diz respeito ao estado de não culpabilidade do acusado. Esses preceitos fundamentais que garantem uma decisão justa são afrontados de forma cabal e lamentável.

De Acordo com Alexandre Morais da Rosa:

Nestes casos, surgem sempre os *'fast-thinkers'* capazes de emitir comentários pseudo-científicos, sem qualquer análise mais detida dos fatos, armando-se (este é o termo), ao depois, 'debates verdadeiramente falsos ou falsamente verdadeiros' (**Bourdieu**) nos quais a encenação é patética e o resultado conhecido de antemão. Afinal, o patrocinador não pode ter sua imagem prejudicada. A 'moral vedete' surge nos discursos moralizantes e normatizadores, enunciados pelos 'Juízes Midiáticos', nos quais as garantias penais e processuais são francamente vilipendiadas, mas sempre surge um acusador juntando a 'fita do programa' aos autos ou a exibindo, com certo orgulho, no plenário do Júri, quando deveria democraticamente impedir tais violações. (2004, p. 235).

A comoção social trazida pelas notícias, além de influenciar a sociedade, acaba por influenciar também os aplicadores do direito, posto que a sociedade frente à casos de grande repercussão exige destes uma atuação e solução rápida, desprovidos do conhecimento de que o direito e processo penal devem seguir uma série de atos a fim de que seja apurada a verdade real do acontecimento criminoso, e que a celeridade, em determinados casos pode levar à grandes injustiças.

Nesse sentido é o asseverado por Alberto Zacharias Toron:

Também hoje, lamentavelmente, são comuns casos em que melhor acompanhamento do inquérito ou do processo é feito pela própria televisão. Veda-se o acesso do advogado ao inquérito, mas na televisão mostram-se cópias dos depoimentos “em primeira mão”. As assessorias de imprensa dos tribunais logo distribuem cópias das decisões aos seus colegas, mas os advogados e estagiários para obterem-nas devem percorrer caminhos formais e demorados. (2001, p. 270).

Com efeito, a televisão relata os acontecimentos de forma tão pormenorizada, fazendo verdadeiras reconstituições do crime, por vezes mais detalhadas do que consta no próprio inquérito policial. Contudo, a reconstituição feita por um órgão não especializado é tendenciosa, uma vez que não se procede a análise da verdadeira autoria. As reconstituições são feitas tendo por base o acusado, como se já condenado fosse, e o estado de não culpabilidade é novamente jogado ao olvido.

“São inúmeros os casos em que a mídia mostra sua força, condenando ou absolvendo previamente (antes que se realize o procedimento devido para a apuração dos fatos)”. (DAGNESE; ARALDI JUNIOR, 2010, p. 127).

Alberto Zacharias Toron afirma ainda que:

Todavia, as dificuldades e os temores aumentam quando se pensa na pressão que o Judiciário sofre por parte da opinião pública ou naquela publicada pela mídia. De forma muito simplista, alguns imaginam que o judiciário deva tornar-se mais permeável à mídia. Outros acham que seus integrantes devam falar e aparecer mais, saindo do claustro, rompendo com a tradicional – e importante – discrição ou circunspeção. (2001, p. 268).

Com a ocorrência do crime, a mídia requer um imediato pronunciamento do Poder Judiciário ou da autoridade que está presidindo o inquérito policial, a fim de auferir ainda mais detalhes a serem utilizados contra o acusado. Mas essa não é a tarefa de nenhum dos referido órgãos, por mais que a sociedade anseie pelo pronunciamento destes no sentido de escarnecer o acusado, isso não deve ser feito nem por quem está presidindo o inquérito policial e nem pelo Poder Judiciário.

Tanto as informações benéficas ao acusado quanto as maléficas não devem ser objeto de pronunciamento judicial. A mídia detém outras fontes além destas, e deve se ater a narrativa do fato desprovido de sensacionalismo e dramatizações, sem envolver indivíduos com determinado valor para o caso a fim de causar maior comoção ou maior revolta.

Alberto Zacharias Toron afirma que “é assustador perceber que a imprensa é utilizada para colocar em “palpos de aranha” o juiz que deixar de decretar a preventiva de um suspeito”. (2001, p. 268).

Com efeito, a sociedade, após hipnotizada pelo órgão midiático, tenta intervir nas ações do Poder Judiciário, impondo ao juiz uma decisão ou outra, uma prisão imediata do

suspeito, como se os direitos e garantias individuais e os princípios do Estado Democrático de Direito simplesmente não existissem. Se assim se proceder, estaremos retrocedendo à época das execuções públicas e de um Estado marcado por arbitrariedades.

Nesse sentido, de acordo com o asseverado por Márcio Thomaz Bastos, trazido a lume por Flávia Rahal cabe transcrever que:

Pressão pública e pressão da imprensa não podem ser o combustível principal dos processos penais. Márcio Thomaz Bastos, em artigo que escreveu sobre o tema, enfatiza afirmação de um jurista italiano segundo o qual “o juiz deve evitar ceder às solicitações da opinião pública, ainda que seja lançado na difícil obrigação de dar preferência a uma verdade às vezes incômoda, embaraçosa e impopular às facilidades de uma decisão demagógica. (2004, p. 277).

Tem-se que o juiz não deve se prestar à informante da mídia, muito menos ser manipulado por ela. Por mais que as pressões surjam de todos os lados, deve o magistrado ser firme e ater-se à busca da verdade real dos fatos, porque este sim é conhecedor do direito e das garantias e direitos individuais referentes ao processo penal.

Os prejulgamentos feitos pelos veículos midiáticos impossibilitam a defesa do acusado e prejudicam o andamento do inquérito e da ação penal. Expõem as pessoas de forma exacerbada e ferem de forma notória o estado de não culpabilidade. Tais manifestações não podem continuar.

O processo penal e seus procedimentos foram elaborados com zelo a fim de garantir ao máximo a defesa do acusado e prezar por suas garantias individuais. Todos têm direito a um julgamento justo, por mais repugnante e imotivada que tenha sido a prática do delito. E não se pode deixar que a mídia interfira nestas instituições, jogando ao olvido anos de trabalhos e reflexões acerca da formação de um processo penal apto a garantir a defesa da sociedade e do acusado.

Nos dizeres de Flávia Rahal:

É certo que se deverá analisar a situação no caso concreto. Mas o que não se pode admitir é que sob o pretexto de que a publicidade é boa para todos se prossiga nessa desenfreada e descabida superexposição de pessoas e fatos do processo, transformando julgamentos numa espécie de *reality show* da tragédia. (2004, p. 283).

O acusado tem direito a uma defesa justa e de ter a sua incolumidade preservada. A todos é dado o direito de defesa e de um julgamento justo, sob os cânones do Estado Democrático de Direito. Toda a evolução do direito penal e processual penal e ainda do direito constitucional, desde os tempos mais remotos, todas as lutas travadas em prol dos direitos e garantias fundamentais, contribuíram para a formação do direito na forma como se tem hoje, e não se pode admitir que a mídia destrua tudo o que foi construído baseada em interesses econômicos.

Rogério Christofolletti tece considerações importantes acerca do jornalismo e sua forma de atuação, dizendo que:

[...] no Jornalismo, é preciso ouvir o outro lado, mesmo que ele aparente ser culpado do que é acusado; mesmo que insista em mentir, contrariando a lógica dos fatos; mesmo que seu comportamento seja condenável, desprezível e repugnante. Registrar a outra versão é obrigação do jornalista, não por flexibilidade, complacência ou compaixão, mas por dever moral. (2005, p. 35-36).

Levando-se em consideração o contraditório processual, Rogério Christofolletti tem a mesma ideia aplicada ao jornalismo.

É preciso dar um basta à histeria coletiva pelo sacrifício de um culpado. O público parece necessitar – como na época das execuções na Inquisição – de alternativas catárticas para extravasar sua permanente insatisfação com a justiça. (RAHAL, 2004, p. 283).

A insatisfação com a Justiça provém das considerações tecidas pelos veículos midiáticos, formando juízos de insatisfação na cabeça do receptor. Como a inocência não tem valor para a mídia e esta é raramente retratada, a sociedade leiga, que tem no jornalismo sua única fonte de informação, acaba por crer que a sociedade brasileira constitui-se apenas de fatos criminosos e impunidades.

Nesse passo, é importante ressaltar o asseverado por Alberto Zacharias Toron:

Com esta forma de pensar, esquece-se que, numa sociedade edificada sobre a base da dignidade humana, estampada na Constituição como valor reitor (art. 1º, III) e que presume a inocência do cidadão (art. 5º, LVII), não se pode conviver com a execração pública, degradação e linchamento moral dos cidadãos, ainda que abastados, como forma de exercício do poder, tal qual se fazia sob o absolutismo. (2001, p. 265).

Tem-se, então, que a liberdade de expressão é utilizada como argumento apto a ferir o estado de não culpabilidade, o que não constitui o verdadeiro intuito para qual esta foi instituída na Constituição Federal. Logo, ocorre uma distorção da função primordial da mídia, a qual deve-se dar um basta.

Os princípios basilares do direito e suas garantias e direitos fundamentais foram criados para andar lado a lado a fim de garantir ao cidadão o máximo respeito pelo seu existencial, e mesmo em caso de colisão entre esses princípios, o ideal é que estes se entrelacem de forma harmônica, cada um cedendo uma parcela de seu caráter *a priori* absoluto, na medida da ponderação, para que se possa ter um Estado Democrático de Direito em que ambas as garantias são observadas em seu grau máximo, sem, contudo, adentrar de modo a dizimar outra garantia, e é deste assunto que trataremos no tópico a seguir.

3.3 Movimentos por um processo democrático

Conforme visto alhures, os princípios basilares do Estado Democrático de Direito revestem-se de caráter imprescindível para a manutenção da ordem social e da vida pacificada em uma sociedade livre de arbitrariedades do Poder Estatal, tanto no âmbito midiático como no âmbito processual penal.

A liberdade de expressão realiza uma função social hodiernamente que garante ao indivíduo um *status* opinante, o colocando a par de todos os acontecimentos do Brasil e do mundo, deixando-o apto a intervir na sociedade e promover a busca por uma sociedade mais justa. Também lhe é conferido, através das veiculações midiáticas exercer um certo controle a respeito dos rumos da sociedade atual.

Já no que diz respeito ao princípio da não culpabilidade, este é de profunda importância para garantir ao acusado a sua incolumidade. Constitui uma garantia de que o Estado não intervenha na punição do culpado antes de haja um processo justo para a apuração da materialidade e da autoria, e de que sobrevenha uma sentença penal condenatória. Tal princípio serve com escudo do acusado contra as arbitrariedades estatais que poderiam ser realizadas se tal garantia não existisse.

Contudo, como demonstrado no item anterior, tais princípios entram em conflito no momento em que a atividade midiática ultrapassa o seu caráter de transmissão da mera

informação e passa a fazer prejulgamentos e prolatar sentenças, em detrimento do estado de não culpabilidade.

Tem-se aí o fenômeno denominado de colisão de princípios fundamentais, que ocorre basicamente quando um princípio não se compatibiliza com o outro, ocorrendo um choque entre eles, ocasionando a violação de um ou de outro.

Com efeito, Vidal Serrano afirma, e acertadamente, que “convém destacar que em diversas situações o exercício de um direito fundamental pode implicar a ofensa de outro ou outros direitos, de igual ou diferente natureza”. (1997, p. 20-21).

Com efeito, a colisão entre os princípios é bastante comum no ordenamento jurídico brasileiro, atribuindo aos aplicadores do direito a árdua tarefa de buscar por soluções aptas à resolução desses conflitos.

Sem prejuízo do que já foi dito alhures, cabe ressaltar que “a concorrência de direitos fundamentais é o fenômeno que se verifica quando, sob a égide de um único titular, se acumula mais de um direito fundamental”. (SERRANO, 1997, p. 23).

A acumulação de direitos fundamentais em um único indivíduo pode se dar tanto na ocorrência de cumulação de dois princípios que se harmonizam em prol da situação fática posta em questão, quanto na ocorrência de incidência de dois princípios incompatíveis entre si.

Quando a questão versa sobre a incidência de dois princípios conflitantes entre si no tocante a situação fática de um único indivíduo, tal problemática não é de fácil resolução, conquanto tem-se em jogo dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e muito embora tais princípios não se revistam de caráter absoluto, *a priori*, devem ter sua aplicação no máximo grau possível.

No mesmo sentido são as palavras proferidas por Vidal Serrano:

Destarte, é absolutamente plausível que uma única conduta seja contemplada por mais de um direito fundamental. Nesse caso, alternativamente, ou os direitos serão colidentes, hipótese em que um limitará o outro, ou, concorrentes, caso em que se acumularão para amparar a ação de seu titular. (1997, p. 23).

Com efeito, quando mais de um princípio recai sobre o mesmo titular, ambos amparando de forma conjunta o direito deste, tem-se que o ordenamento jurídico atingiu o

ápice, de forma que o cidadão tem em seu amparo mais de um princípio constitucional, e assim sendo, tem-se plenamente garantidos os seus direitos.

A problemática se dá no momento em que sobre o indivíduo recaem dois princípios conflitantes, caso que será necessário um dispendioso trabalho no sentido de que se possa aplicar os dois de forma concomitante sem que um adentre na esfera do outro.

Ainda nas palavras de Vidal Serrano:

São as chamadas colisões de direitos fundamentais, em que esses direitos, igualmente protegidos pelo texto constitucional, entram em conflito, visto que o concreto exercício de um direito fundamental implica a invasão da esfera de proteção de outro direito fundamental. Daí se pode afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados. (1997, p. 21).

Dessa forma, a única forma de resolução de tais conflitos reside no fato de que os princípios, por mais que devam ser aplicados em seu maior grau possível, não são absolutos. Se o contrário fosse, ou seja, se os princípios figurassem como absolutos, se tornaria impossível a resolução do conflito, e se instauraria um caos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, os princípios em voga, quais sejam o da liberdade de expressão e o do estado da não culpabilidade tem entrado constantemente em conflito, e nesse caso tem-se dois sujeitos, a sociedade, da qual goza do direito de informação, e o acusado, que goza do estado de não culpabilidade. Assim, a questão que se põe é ainda mais complexa, vez que deve se observar a colisão não somente sob o ângulo de apenas um indivíduo, e sim deste e da sociedade.

Nos dizeres de Cinara Sabadin Dagneze e João Irineu Araldi Júnior:

Constatou-se que a liberdade de informação é um dos cânones do Estado democrático de direito, contudo também foi constatado que a presunção de inocência goza da mesma característica; assim, a solução para o caso concreto é a análise acurada e diligente da situação fática. (2010, p. 128).

Nesse passo, depreende-se que a conflituosidade entre esses dois princípios é notável, e em matéria de colisões de princípios tem-se que esta é a mais corriqueira e visível aos olhos dos operadores do direito.

Vidal Serrano acerca da conflituosidade assevera que a mesma se revela “no contraponto entre o exercício do direito à livre manifestação do pensamento e o direito à honra ou à intimidade, onde certamente teremos circunstâncias de inconciliabilidade entre o exercício absoluto e ilimitado dos direitos”. (1997, p. 21).

Nesta senda, cumpre trazer o asseverado por Sérgio Cavalieri Filho, em prefácio à obra de Luis Gustavo Castanho Grandinetti de Carvalho:

Como se vê, a mesma Constituição que consagrou a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem, garante também a liberdade de pensamento, de expressão e comunicação, independentemente de censura ou licenças prévias (arts. 5º, IV e IX). Isso evidencia que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais se confrontam. (1999, prefácio).

Com efeito, tem-se, *in casu*, dois princípios consagrados pela Constituição Federal que entram em colisão e que a aplicação de um deles, qual seja o da liberdade de expressão acaba por minorar o estado de não culpabilidade, senão aniquilá-lo.

Tais fatos não devem ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o que se prega é pela harmonização dos princípios, e em decorrência de seu caráter não absoluto, pugna-se pela cessão de parcelas de sua integralidade, e não pela aniquilação de um em detrimento do outro.

De acordo com o asseverado por Vidal Serrano:

Inexiste regra geral a ser observada em todas as situações de conflito, mesmo porque tais colisões não se situam no plano normativo, vale dizer, dentro do raio regulamentar de cada uma das normas, mas, contrariamente, surgem no concreto exercício dos direitos. (1997, p. 22).

Dessa forma, aufere-se que a solução para determinado conflito só pode ser dada da análise do fato concreto, sem a ocorrência deste, inexistente conflito. Este se dá no momento em que se tem um fato concretizado no mundo jurídico sobre o qual incidem dois princípios conflitantes. Ademais, é de se observar que as proporções de violações variam de caso à caso, sendo impossível dar-se a mesma solução à casos com peculiaridades e meios de intervenção diferentes.

Nesta senda cabe trazer à tona a posição exarada por Gilmar Ferreira Mendes citado em artigo escrito por Miguel Reale Júnior para a Revista Brasileira de Ciências Criminais:

Considera-se, destarte, que para a solução de conflitos entre direitos deve-se levar em conta o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação da máximas que integram o princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação (aptidão para produzir o resultado desejado) a necessidade (inevitabilidade de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e a proporcionalidade em sentido estrito (relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto. (2009, p. 70).

Com efeito, tem-se que a proporcionalidade seria o meio mais adequado e hábil a solução dos conflitos atinentes à colisão de princípios. Partindo-se da análise de um caso concreto, verificando qual a intensidade de violação do princípio do estado de não culpabilidade, e assim, realizando uma ponderação no sentido de auferir até que ponto a liberdade de expressão pode ceder a fim de cessar a afronta àquele princípio.

No mesmo sentido é o posicionamento de Miguel Reale Júnior ao afirmar que “é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação de valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente”. (2009, p. 70).

Acertadamente, Vidal Serrano ao citar José Carlos de Andrade Vieira, afirma que “exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja necessário e adequado à salvaguarda dos outros”. (1997, p. 22).

Os critérios de necessidade e adequação são inerentes ao princípio da proporcionalidade, e devem ser observados no momento de resolução do caso concreto em que se tem em jogo a liberdade de expressão e o estado de não culpabilidade.

Com efeito, o entendimento de Miguel Reale Júnior acerca da questão é de que deve-se “resolver o choque de princípios a partir do critério da ponderação dos valores em jogo que cumpre ser decidida com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, para se avaliar qual direito deve ter primazia”. (2009, p. 73).

Ademais, o mesmo doutrinador ainda tece considerações sobre o tema trazendo à baila os ensinamentos de Robert Alexy apontando que:

Alexy aponta que não pode ser mais estreita a conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Considera-se então, que se um direito fundamental entra em colisão com um princípio oposto, para se chegar a uma decisão quanto à possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental é necessário uma ponderação. (2009, p. 80).

Dessa forma, a ponderação assume grande papel na resolução dos conflitos entre os princípios basilares do direito. Constitui uma forma de solução do conflito que garante a aplicação de ambos de forma harmônica sem que se esgote o conteúdo de um ou de outro princípio.

Miguel Reale Júnior ainda no tocante ao conflito entre a liberdade de expressão e o estado de não culpabilidade assevera que:

Neste rumo, objeto de ponderação serão os valores consagrados nas normas constitucionais que definem os fundamentos e os objetivos fundamentais da República, os valores da dignidade humana e da igualdade, da honra e da intimidade que podem vir a ser colocados em perigo pela liberdade de manifestação e de expressão intelectual que, por sua vez, constituem, também, pilstras sobre as quais se ergue o Estado Democrático de Direito. (2009, p. 62).

Conforme visto alhures, os princípios são dotados de um caráter de abstração, e este caráter somente se esvai diante da situação de um caso concreto. Quando se põe em tela uma situação fática dotada de dois princípios colidentes é que estes perdem seu caráter absoluto e abstrato, e passam a agir de forma concreta e ponderada para a resolução na medida exata do conflito.

Nesta seara, Miguel Reale Júnior afirma que:

Pondera-se que se pode incorrer em uma “tirania do valor” ao pretender-se estabelecer em abstrato uma hierarquia, independente do caso concreto, pois se deve partir de uma igualdade abstrata de valores e apenas diante das circunstâncias específicas do fato em exame escolher qual valor deve ter, na hipótese, maior peso diante dos perigos advindos aos valores em jogo, dada sua situação concreta. (2009, p. 78).

É certo, pois, que a formulação de uma hierarquia de valores aos princípios abstratamente considerados, sem se ter em vista o caso concreto pode ocasionar problemas de ordem maior para a ordem jurídica do que o simples conflito entre princípios e a utilização da ponderação para sua resolução no caso concreto.

Com efeito, Miguel Reale Júnior, em seu artigo escrito para a Revista Brasileira de Ciências Criminais, traz parecer proferido pelo Ministro Celso de Mello, o qual refere que “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, assim, nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com despeito aos direitos e garantias de terceiros”. (2009, p. 69).

Contudo, no tocante ao conflito entre o estado de não culpabilidade e a liberdade de expressão, o posicionamento acerca da utilização da ponderação são diversos a medida em que se utiliza um ou outro doutrinador. Assim, os doutrinadores divergem, caso em que alguns pregam pela prevalência absoluta de um ou outro princípio.

Nesse sentido, Xavier O’Callaghan citado por Vidal Serrano, traz a existência de três vertentes doutrinárias acerca da problemática entre o conflito dos princípios referentes a liberdade de expressão e os direitos de personalidade:

A primeira delas, conhecida como regime de exclusão, apregoa o valor absoluto dos direitos de personalidade, isto é, contrapondo-se numa mesma situação fática o direito de informar (noticiar e criticar) e os direitos da personalidade, a preponderância absoluta destes excluiria aquele. Tal doutrina, com efeito, fixa o princípio da inviolabilidade de quaisquer direitos da personalidade que, em nenhuma situação, ou sob qualquer pretexto (mesmo o de eventual interesse coletivo envolvido), poderiam ser violados. Essa linha de interpretação, assim como as demais, já fez coro em nossos Tribunais, de cujas manifestações podemos citar, à guisa de exemplo, o seguinte arresto: “A liberdade de imprensa termina no ponto onde começa o direito à honra, que abrange a reputação e a dignidade, não servindo, portanto, de excludente de crimes.” [...] Uma segunda vertente doutrinária – a da necessária ponderação – se desenvolveu sob o pressuposto de que, existindo eventual colisão concreta entre o direito de crítica e um dos direitos de personalidade, o mais acertado seria proceder-se a uma necessária e casuística ponderação entre ambos os direitos envolvidos. *Mutatis mutandi*, tal vertente doutrinária corresponde à chamada doutrina norte-americana da ponderação de interesses, segundo a qual o direito de crítica, e genericamente o de informação, não é absoluto, mas, ao contrário, deve ser temperado pelos direitos da personalidade dos demais [...]. A terceira concepção desenvolvida – a da concorrência normativa –, avengando nos pressupostos da doutrina da necessária ponderação, não nega a premissa da limitabilidade dos direitos fundamentais, como gênero, e dos direitos de informação e de crítica, em específico. Todavia, fixa o direito de crítica (de informação, de opinião e de expressão) como preferencial dos demais direitos. (1997, p. 85-87).

Tal citação serve para demonstrar que o critério da ponderação não é unânime, tendo a vertente do regime de exclusão vários adeptos, citados aqui por Vital Moreira, dentre eles Alfredo Galego Anabitarte e Pedro Gagliardi. (1997, p. 88-89).

Nesse contexto, tem-se os mais diversos pareceres: conforme exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, citado por Miguel Reale Júnior “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”. (2009, p. 70).

Dessa forma, no momento em que a liberdade de expressão entra em choque com o estado de não culpabilidade, tendo em vista este ser corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, é o estado de não culpabilidade que deve prevalecer, a fim de garantir os direitos de personalidade, mesmo que a limitação ao princípio da liberdade de expressão não seja absoluta.

Miguel Reale Júnior também traz o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, que dispõe:

Os limites à liberdade de expressão, ao ver do Min. Marco Aurélio, apenas podem incidir sobre “manifestação que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente”, pois considera que apesar de ampla a liberdade de expressão não possui a mesma caráter absoluto, encontrando “limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios”. (2009, p. 73).

Com efeito, aqui também se tem a prevalência do estado de não culpabilidade e dos direitos de personalidade sobre o princípio da liberdade de expressão. Esta pode ser exercida até o limite de ingresso na esfera dos direitos de personalidade, em especial o estado de não culpabilidade, do contrário a liberdade de expressão estará agindo de forma exacerbada no seu campo de atuação e aumentando de forma ilegítima a esfera que lhe é conferida através do princípio.

O Ministro Carlos Velloso, trazido à lume por Miguel Reale Júnior afirma categoricamente que “a liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito”. (2009, p. 71).

Assim sendo, qualquer direito que se sobreponha à dignidade da pessoa humana deve ceder à esta, princípio base do regime jurídico brasileiro ao qual todos os demais

devem se submeter. Sem a dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito perde sua razão de ser e ocasionaria um retrocesso à época da ditadura militar.

No entendimento de Luis Gustavo Castanho Grandinetti de Carvalho:

Tanto a liberdade de expressão quanto a de informação encontram limites constitucionais. A diferença básica é que, enquanto na primeira há maior licença para a criação e a opinião, a segunda deve prestar obediência à verdade objetiva. Mas nenhuma delas é totalmente imune de controle, do mesmo modo que nenhum direito é absoluto. Vivemos em um Estado de Direito em que o exercício dos vários direitos devem ser harmônicos entre si e em relação ao ordenamento jurídico. Desse modo, a liberdade de expressão também se limita pela proteção assegurada constitucionalmente aos direitos da personalidade, como honra, imagem, intimidade etc. (1999, p. 49).

Com efeito, o entendimento expressado por Luis Gustavo Castanho Gandinetti Castanho de Carvalho também é no sentido de que o princípio da liberdade de expressão esbarra nos direitos de personalidade. Assim sendo, no momento em que a liberdade de expressão encontra o limite no estado de não culpabilidade deve cessar sua intervenção, a fim de que não haja o afrontamento a tal princípio.

No entendimento de Bruna Eitelwein Leite, a liberdade de expressão deve ceder, no momento em que se depara com o estado de não culpabilidade:

Dessa forma, na colisão entre os dois direitos fundamentais, não sendo possível a compatibilização entre eles, a liberdade de imprensa deve ceder, de forma proporcional e adequada, frente ao princípio da presunção da inocência, uma vez que não é razoável que a liberdade de imprensa prevaleça em detrimento de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. (2011, p. 19-20).

Nesse contexto, entendimento de Bruna Eitelwein Leite é categórico ao primar pelo estado de não culpabilidade em detrimento da liberdade de expressão. Não lhe tiremos a razão, tendo em vista que o estado de não culpabilidade está atrelado, mais que qualquer princípio, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Miguel Reale Júnior também coaduna do mesmo entendimento, senão veja-se:

Como regra geral, a dignidade da pessoa humana, a ser preservada em sua dignidade social, igual para todos (direito à não discriminação), e em sua integridade física e psíquica, devem prevalecer, mesmo diante da liberdade de expressão, malgrado seja esta uma importante conquista sem a qual não se corporifica o Estado Democrático de Direito. (2009, p. 90-91).

Nesta senda, por mais que o direito à liberdade de expressão seja fundamental para o desenvolvimento da sociedade e do indivíduo em seu intelecto, tendo em vista a grande função social que exerce, deve frear seus anseios ao se deparar com o estado de não culpabilidade, garantia essencial ao indivíduo acusado de um crime.

Luis Gustavo Castanho Grandinetti de Carvalho, apesar de ter exposto seu parecer acerca da prevalência do estado de não culpabilidade frente à liberdade de expressão expõe parecer diverso quando se trata de interesse público:

Em caso de conflito entre a informação jornalística e os direitos de personalidade, é o interesse público que deve presidir a composição da controvérsia. Se a reportagem busca atender ao interesse público e, razoavelmente, viola os direitos de personalidade, prevalece, em tese, aquele e não estes. Mas é preciso verificar a hipótese casuisticamente, pois a violação da privacidade só deve ser feita na medida exata da necessidade de atender a um interesse público. Não há, portanto, regras fixadas preestabelecidas. (1999, p. 92).

Contudo, da realidade que se expressa e se revela hodiernamente, o fundamento do interesse público é utilizado como escusa para que a mídia possa fazer suas dramatizações e prejulgamentos em relação ao acusado da prática de um fato delituoso.

Ademais, o interesse público reside no ato de possibilitar os indivíduos tomarem conhecimento dos fatos ocorridos na sociedade e tão somente nisto. As veiculações midiáticas exacerbam o caráter de propagar a notícia como mero interesse público, evidenciando, pelo contrário, o interesse do órgão midiático.

Compartilhando do mesmo entendimento de Luis Gustavo Castanho Grandinetti de Carvalho, tem-se Rogério Christofolletti, que ao citar os escritos de Sidney César Silva Guerra e Edilson Pereira de Farias assevera que:

Guerra é categórico ao afirmar que “não há dúvida de que o direito de imagem deve prevalecer sobre o direito de informação”, mas as exceções se dão quando

“prevalece o interesse público em detrimento ao interesse particular” (1999, p. 66). É um cenário de colisão de direitos, sinaliza Farias (1996, p. 137), e tal atrito deve ser resolvido “levando-se em conta o peso ou a importância de cada um dos princípios concorrentes”. (2005, p. 35).

Assim, da mesma forma tem-se o entendimento de que quando é o interesse público que está em voga, a liberdade de expressão deve prevalecer ante aos direitos de personalidade.

Tais posicionamentos demonstram que não é unânime a posição doutrinária acerca da prevalência do princípio da liberdade de expressão ou do princípio do estado de não culpabilidade, da mesma forma que não é unânime o posicionamento acerca da utilização da ponderação para a resolução desses conflitos.

Com efeito, o que não se pode é continuar nessa busca frenética e desenfreada da mídia por matérias criminais e a sua conseqüente veiculação de forma ensandecida pelo linchamento e condenação dos acusados, que no mais das vezes sequer passaram ainda pela sede do inquérito policial.

Em que pese todas as considerações tecidas alhures, tal forma de solução do conflito, qual seja, aquela com base na ponderação, não é a única hábil à ser aplicada a problemática aqui estabelecida. Tendo em vista a constante violação do estado de não culpabilidade pelo poder midiático, ocasionando os efeitos mais avassaladores na vida de um acusado, assevera-se que a liberdade de expressão pode ser regulada através de uma chamada compatibilização de institutos. Tais casos, nos dizeres de Vidal Serrano constituiriam “regras de equacionamento”. (1997, p. 21).

Assim, no tocante a resolução dos conflitos através de compatibilização de institutos cumpre trazer o posicionamento exarado por Vidal Serrano, o qual traz um exemplo que é de grande importância:

Em alguns casos a Constituição procura compatibilizar institutos que possam parecer antagônicos. Assim, quando por um lado, prescreve o direito fundamental à propriedade privada, de outro, institucionaliza a desapropriação. Contudo, compatibiliza a aparente assincronia, impondo, nessa hipótese, a obrigação prévia à justa indenização. (1997, p. 21).

Tal caso assume importância, ainda que não diga respeito aos princípios aqui tratados, na medida em que tal solução poderia ser aplicada no caso em estudo, a fim de

impor à mídia uma especialização de seus veiculadores, para que a matéria seja veiculada de forma correta, sem ferir o princípio da não culpabilidade, e sem dizimar a liberdade de expressão, caso em que esta seria utilizada de forma ponderada, atendendo a necessidade e o direito do cidadão de receber a notícia, sem que esta seja veiculada de forma errônea, formando juízos incorretos na cabeça do receptor da notícia.

O que se poderia fazer, em sede de compatibilização de institutos, tendo em vista o caráter não absoluto dos princípios, seria impor um regramento especial aos veículos midiáticos, em que este cederia uma parcela de seu caráter absoluto, sem contudo esvaziar o conteúdo do referido princípio.

Cumprido informar que com a utilização das referidas regras de equacionamento, o princípio da liberdade de expressão continuaria a atuar, contudo de forma parcialmente limitada, em prol de um estado de não culpabilidade que deve ser garantido ao acusado.

O importante, nas regras de equacionamento, é que, como visto no exemplo acima, estas estão previstas no próprio bojo da Constituição da República, e assim sendo são plenamente possíveis de serem colocadas em prática, sem que seja realizada uma afronta total à liberdade de expressão, na mesma medida em que o direito de propriedade não é dizimado pelo instituto da desapropriação.

Outra solução passível de ser aplicada aos casos de colisão entre estes dois princípios dos quais tratam-se aqui, seria a trazida à baila por Alberto Zacharias Toron, no tocante a criminalização destas espécies de intervenções midiáticas através da criação de um tipo penal:

Por fim, malgrado os exemplos de independência do Judiciário, não são incomuns os juízes que se sentindo em “palpos de aranha” pela ação de órgãos da acusação pouco éticos, que se intitulam representantes da sociedade, vergam-se à pressão da mídia. Daí que a criação de um tipo penal, como constava do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal apresentado pelo grupo de trabalho constituído em 1987 pelo então Ministro da Justiça Paulo Brossard, criminalizando a coação indireta no curso do processo, com os aprimoramentos necessários, pode representar uma saída promissora. **O art. 352 do diploma tinha o seguinte teor:**

“Fazer em jornal, rádio, televisão, ou qualquer outro meio de comunicação, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo judicial, comentários, com o fim de constranger ou exercer pressão relativamente a declaração de testemunhas ou decisão judicial: Pena: detenção de 3 meses a um ano”. (2001, p. 270). (grifei)

Com efeito, a regulamentação da atuação da mídia revela-se plenamente cabível, e se não o maior, ao menos um dos mais eficazes meios de fazer cessar a atuação midiática que compromete a imagem e a dignidade do indivíduo acusado.

Tal legislação, contudo, deve ser elaborada com o maior zelo possível a fim de que não se aniquile a liberdade de expressão. Em verdade, o que se pretende não é o amordaçamento da liberdade de expressão, até mesmo porque esta não comporta os casos de dramatização, encenamentos e prejulgamentos, este caráter foi incorporado pelos meios de comunicação sagazes pela auferição de vantagens econômicas, e agregou-se de forma silenciosa e ilícita ao princípio da liberdade de expressão.

O mesmo entendimento é o partilhado por Kildare Gonçalves Carvalho ao afirmar que “prevalece hoje um sentimento generalizado de que vivemos a era da informação e de que é ela que, em última instância, molda todos os acontecimentos. Por isso, haveria a necessidade de regulamentar suas atividades de modo a impedir distorções”. (2003, p. 226).

Nesse contexto, tem-se três meios de soluções possíveis para os casos de colisão entre o princípio da liberdade de expressão frente ao princípio do estado de não culpabilidade, quais sejam, o da utilização da proporcionalidade, o da utilização de regras de equacionamento e o da utilização da criação de um tipo penal ou de uma regulamentação a ser imposta aos órgãos midiáticos que abranja os exageros praticados por estes.

Alexandre Morais da Rosa é categórico ao afirmar que o sistema não pode se manter nos moldes como se tem atualmente:

Assim é que se não pode aceitar numa sociedade que se diz democrática, a manutenção de posturas e dispositivos absolutamente incompatíveis com o estatuto constitucional e que têm sobrevida, em muito, pela ausência de controle de constitucionalidade – *oxigenação constitucional* (Cap. 3º). Demonstra-se urgente a assunção de uma posição crítica capaz de desterrar esse modelo mantido, em sua estrutura, na *praxis* forense e no *imaginário* social [...]. (2004, p. 245).

Dessa forma, tona-se imperiosa a busca por uma solução compatível com as colisões entre os princípios em voga. Não se pode admitir que num Estado Democrático de Direito, fundado sob as bases da dignidade da pessoa humana ainda se permita essa espécie

de violação ao princípio do estado de não culpabilidade e que ainda não tenha se criado uma forma hábil a elidir tais violações.

No mesmo sentido são as palavras de Flávia Rahal, quais sejam:

Vivemos sob a égide de Constituição democrática e avançada, mas temos o processo penal regulado por Código atrasado, promulgado pelo Estado Novo. E no que toca especificamente à regra da publicidade nossa legislação é falha, lacunosa e antiquada. (2004, p. 278).

Dessa forma, tem-se que uma das mais poderosas armas contra as arbitrariedades midiáticas seria a formulação ou adequação de um sistema legislativo acerca da atuação da mídia e seus órgãos de comunicação. Não se pode olvidar que em termos de legislação, esta ainda não consegue abarcar todas as situações e hipóteses do mundo do direito, tendo em vista a sua vastidão. Contudo, diante do exposto é premente que uma regulamentação seja estabelecida a fim de frear a atuação midiática.

Conforme o asseverado por Luis Gustavo Castanho Grandinetti de Carvalho “é preciso diagnosticar as deficiências do sistema atual, seja pela ausência de tratamento legislativo, seja pelo equivocado enfoque individualista e privatístico que lhe é peculiar”. (1999, p. 4).

Alberto Zacharias Toron afirma que:

Há quase vinte anos, a professora Ada Pelegrini Grinover, com sua conhecida inteligência, já advertia sobre as influências que os modernos meios de comunicação provocam na serenidade do juiz, que “não pode permanecer completamente imune”. Seja por problemas pessoais, de ordem subjetiva, seja em razão de vícios, é preciso mecanismos legais que limitem a ação da imprensa em casos ainda submetidos à investigação ou o crivo do Judiciário. (2001, p. 269).

Com efeito, no entendimento de Alberto Zacharias Toron, a implantação de uma regulamentação no tocante ao exercício da liberdade de expressão é necessária. Não se pode olvidar, contudo que tal regulamentação deve ser feita com o cuidado necessário sem perder de vista que a liberdade de expressão também constitui um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Luis Gustavo Castanho Grandinetti de Carvalho coaduna do mesmo entendimento:

É nesse contexto que se postula um reordenamento da denominada liberdade de informação, inserindo-a em um novo ramo do direito, o Direito de Informação, caracterizado, de um lado, pelo direito à informação, e, de outro, pela maior responsabilidade imposta aos órgãos informadores, pela sua especial condição de atuarem na fronteira do público e do privado, no ápice da controvérsia entre interesse público e interesse privado, no ápice da discussão entre o que deve ser publicado e o que não pode ser publicado. O profissional da informação, nos dias atuais, deve ser um exímio profissional da ponderação entre esses valores, transitando com cuidado, mas com liberdade e responsabilidade, entre a praça e o jardim. (1999, p.14).

Em verdade, independentemente do meio de solução escolhido para dirimir tais controvérsias, tem-se indubitavelmente que a intervenção midiática não pode continuar a promover a marginalização do acusado de um delito, e realizar prejulgamentos. A atuação midiática deve pautar-se na ética e no comprometimento dos operadores dos veículos midiáticos acerca da busca da verdade real e de que esta seja repassada ao público, livre de subentendidos e manifestações tendenciosas.

De acordo com Cicilia M. Krohling Peruzzo “ética e liberdade são essenciais a uma sociedade democrática e ao desenvolvimento autônomo das nações”. (2002, p. 72).

No mesmo sentido são as palavras de Luis Gustavo Castanho Grandinetti de Carvalho ao afirmar que “a mesma linha tênue entre o público e o privado impõe ao órgão informador, muito especialmente, mais uma tarefa, consistente em obedecer a uma pauta ética. Desbordar desta pauta é desonrar a missão que lhe é atribuída”. (1999, p. 15).

Por fim, apenas a título de reflexão, cabe trazer os dizeres de Karl Marx acerca da censura e da liberdade de imprensa que, apesar da época em que foi escrito, se mostram inteiramente atuais, afirmando que “tanto a censura quanto a liberdade de imprensa são males”, e afirma categoricamente que “a censura, é um mal menor do que as injúrias da imprensa”. (2010, p. 20).

Os novos rumos do direito apontam que há uma verdadeira ética de comportamento a ser pautado para que a realidade social e o direito possam conviver dentro da democracia estatal.

CONCLUSÃO

Os princípios consagrados na atual Constituição Federal constituem um valor de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se dizer que os princípios são os pilares dos quais sustentam o Estado Democrático de Direito. São garantias que visam proteger a sociedade de um possível arbítrio estatal, e mantém a sociedade organizada buscando sempre garantir a paz social. Os princípios são, por definição, normas que harmonizam a ordem jurídica brasileira, na maior medida possível.

Nesse ponto, os princípios diferem das regras em razão do seu maior grau de abstração, enquanto as regras tem o seu caráter de aplicação mais restrito, os princípios detém um caráter mais aberto, consagrando em seu âmbito de aplicação um grande número de situações, assim, as regras são menos abrangentes, e tem a sua incidência limitada pelas situações as quais se dirigem. Em que pese tais considerações, o certo é que ambos, tanto os princípios quanto as regras fazem parte de um todo maior denominado normas jurídicas. Com efeito, no campo das normas tem-se as regras e os princípios.

A função principal dos princípios reside em abranger no seu âmbito de aplicação os valores maiores da sociedade, os bens mais valiosos tutelados pelo direito. Constituem uma base sólida que detém o poder de assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Contudo, em razão da grande variedade de princípios e do seu amplo grau de abrangência, não raras vezes esses princípios entram em colisão, por vezes de forma conjugada, em que se tem dois princípios que incidem sobre a mesma situação fática ao amparo do direito do indivíduo, e por vezes de forma antagônica, em que a aplicação de um deles de forma absoluta ao caso em concreto pode levar à violação do outro princípio também referente a mesma questão.

Conforme se viu no primeiro capítulo, a conflituosidade de maior relevância e que exige uma análise acerca da sua solução é a que ocorre entre princípios antagônicos, pois esta tem a capacidade de adentrar na esfera de outro princípio, ocasionando a sua violação. E em matéria de direito, a violação de um princípio basilar do ordenamento jurídico lhe retira o sentido, e abre margem à ocorrência de mais violações até o ponto em que os princípios percam o seu caráter essencial.

Nos casos de conflito entre princípios, há uma vasta gama de autores que inclinam-se à aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de ponderação a fim de que

estes princípios colidentes possam conviver harmonicamente, contudo esta não é a única solução para os casos de colisão, conforme se demonstrará na sequência.

Em matéria de colisão, tratou-se desta quando se dá no âmbito do princípio da liberdade de expressão e o estado de não culpabilidade.

Os princípios referentes ao direito penal e processual penal, foram tratados primeiramente, apenas por questão estrutural. Dentre eles tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e do estado de não culpabilidade.

Todos esses princípios garantem ao acusado uma série de meios de proteção impostos pela Constituição Federal de 1988. Não negando o caráter primordial do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio tratado de forma mais aprofundada foi o do estado de não culpabilidade, a fim de posteriormente se proceder a análise deste em conjunto com a liberdade de expressão e as violações realizadas por esta em detrimento daquele.

O princípio do estado de não culpabilidade, nesta seara, garante ao indivíduo a sua integridade física e psíquica, de forma que este não pode ser tachado como culpado até o advento de uma sentença penal condenatória, contudo, as violações a tal princípio são corriqueiras, casos em que o acusado fica a mercê do livre arbítrio e dos interesses dos órgãos de comunicação.

Para auferir esta interferência do órgão midiático na esfera do estado de não culpabilidade foi necessário adentrar na historicidade da mídia, desde o seu surgimento até os dias de hoje, passando pelas diversas formas de veiculação da notícia, das mais arcaicas às mais modernas.

Com efeito, a mídia esteve presente desde as épocas mais remotas em todos os acontecimentos históricos, e passou por grandes transformações até chegar aos dias de hoje, passando por diversas fases difíceis, inclusive a época da censura no Brasil. A elevação da liberdade de expressão à categoria de princípios só veio mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, em que lhe foi assegurada toda e qualquer forma de expressão, sendo, inclusive, vedada a censura.

Em que pese a conflituosidade entre a liberdade de expressão midiática e o estado de não culpabilidade, não se pode negar a função social que a mídia exerce na sociedade. É através da mídia que o indivíduo toma conhecimento de todos os acontecimentos do Brasil e do mundo praticamente em tempo real, e isso lhe garante meios de crescimento pessoal, de aprimoramento, através de reflexões. Alheios à liberdade de expressão retrocederíamos

à época da censura, e o indivíduo ficaria desprotegido contra as arbitrariedades estatais, alheio a todos os acontecimentos importantes que poderia de certa forma influenciar.

Contudo, não se pode olvidar a influência que a mídia exerce na cabeça do receptor de forma negativa. As matérias jornalísticas são veiculadas visando apenas o interesse financeiro dos órgãos midiáticos. A ética jornalística é jogada ao olvido frente os anseios do órgão midiático em prender a atenção do receptor e de formar nele juízos de convicção já pré-estabelecidos pelo veículo midiático. Dessa forma, a notícia da forma como é veiculada, já vem dotada de um parecer tido como absoluto sobre o assunto, sem que o receptor possa refletir acerca da veracidade ou não do que está sendo veiculado.

Essa influência da mídia tem um caráter mais expressivo quando se trata de casos referentes aos fatos delituosos, e é aí que entra em confronto com o princípio do estado de não culpabilidade. É da natureza do ser humano a atração pelos fatos criminosos e suas barbáries. E a mídia, sabedora de tal informação se aproveita desse fato para divulgar os crimes na forma mais sensacionalista possível. Nesse passo, com a ocorrência de um fato delituoso a mídia se antecipa e passa a divulgar uma série de opiniões sobre o ocorrido, fazendo prejulgamentos acerca da pessoa do acusado. Nesse âmbito são feitas encenações e dramatizações, dotadas de puro sensacionalismo. E o receptor ao receber a notícia dotada deste sensacionalismo e de discursos fervorosos acerca da necessidade de prisão imediata do até então apenas acusado da prática do fato delituoso, recebe isso como verdade absoluta, que constitui o verdadeiro intuito dos órgãos midiáticos.

Dessa forma, pessoas tem as suas vidas expostas, e em questão de pouquíssimo tempo são tidos como inimigo número um da sociedade, que clama fervorosamente pela prisão dos acusados. Não se discute acerca da observância dos atos processuais e do regular andamento de uma investigação criminal, pois a sentença já foi dada pela mídia, e a sociedade iludida por essa “verdade absoluta” proclamada pelos órgãos midiáticos, clama fervorosamente pela prisão dos acusados.

Em sede de princípios, mais precisamente o do estado de não culpabilidade, tais violações não podem ocorrer, porque é conferido ao indivíduo este estado de não culpabilidade até que se tenha uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse passo se aufere que a mídia intervém de forma negativa e viola o princípio do estado de não culpabilidade de forma escancarada. Vidas são aniquiladas em prol de uma chamada liberdade de expressão, haja vista que após a veiculação de notícias tachando o acusado como criminoso, seus efeitos são irreversíveis e o acusado, mesmo

com a advento de uma sentença penal absolutória, ficará para sempre estigmatizado como criminoso.

Muito embora a liberdade de expressão seja um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, as veiculações midiáticas no âmbito processual penal não podem continuar a ocorrer. Prega-se aqui pela prevalência do estado de não culpabilidade tendo em vista que este está mais intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando a mídia veicula notícias acerca dos acusados de fatos delituosos, está não apenas a ferir o estado de não culpabilidade, como também o princípio da dignidade da pessoa humana. Vidas são dizimadas, famílias destruídas e profissões ficam comprometidas.

E nesse ponto revela-se a problemática do presente trabalho, em que se buscou auferir meios para a solução dos conflito entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio do estado de não culpabilidade.

Dentre os meios buscados para a resolução da problemática proposta, foram encontradas três possíveis soluções. A primeira delas, e aclamada por diversos autores, é o da utilização do princípio da proporcionalidade, a ser utilizado nos casos em concreto. Assim, quando da ocorrência da colisão entre dois ou mais princípios antagônicos, utilizaria-se da ponderação, através de uma análise cautelosa e detalhada da solução posta em conflito, a fim de se auferir até que ponto determinado princípio possa ceder aos demais sem, contudo, esgotar o seu conteúdo e torná-lo inócuo.

Tal solução é válida, contudo, se presta a resolução dos conflitos quando estes já ocorreram. O que se quer aqui, em verdade, é encontrar um meio apto a fazer com que estes conflitos não ocorram, ou seja, um meio de barrar as barbáries feitas pela mídia em detrimento dos acusados de um delito.

Nesse ponto, chega-se a conclusão de que o meio mais imponente e hábil a frear os anseios midiáticos seria a criação de uma legislação limitativa ao princípio da liberdade de expressão. Surgem então os questionamentos acerca do caráter absoluto do referido princípio e considerações referindo que tal elemento normativo implicaria a volta da censura.

Em verdade, tal princípio não pode ser limitado a ponto de excluí-lo do ordenamento jurídico, ou de amordaçá-lo de tal forma que a liberdade de expressão se torne inócua, um princípio apenas disposto num papel, sem eficácia e aplicabilidade.

Contudo, o caráter absoluto dos princípios não é levado ao pé da letra quando se tem um conflito entre os princípios. Como já se viu, se os princípios podem ceder uma

parcela de seu caráter absoluto para os casos de resolução de conflitos com base na proporcionalidade, não há porque não impor uma restrição de uma parcela da liberdade de expressão, através de um meio legislativo, quando esta está em constante violação a princípios ligados mais diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Se a liberdade de expressão pode ceder, em razão da proporcionalidade, ao princípio do estado de não culpabilidade, esta também pode ceder para a implantação de uma legislação reguladora das ações midiáticas.

Não se quer, contudo, eliminar a liberdade de expressão, apenas restringi-la aos casos de violação do estado de não culpabilidade. Ademais, a liberdade de expressão midiática já sofre algumas restrições, sem que seja violada, os exemplos mais comuns são o da vedação de propagandas de cigarros, e o da implantação da classificação indicativa etária dos programas de televisão, em que não se pode exibir certas programações em horário nobre. Tais limitações não ferem o princípio da liberdade de expressão, e não remetem à volta da censura.

Dessa forma tem-se que é absolutamente possível um regramento para os veículos midiáticos acerca da observância dos princípios e direitos fundamentais.

Há tantos casos que ocorrem na sociedade atual, alguns que a mesma não vê o fato concreto como crime, e outros tantos que a sociedade clama por uma regulamentação, mas certo é que a sociedade está em constante mutação, e a legislação não consegue acompanhar todos os fatos que necessitam da implementação legal.

A conclusão por um elemento normativo limitativo da liberdade de expressão e da crítica é, sem dúvida a solução mais eficaz para que se elimine a sua atuação exacerbada nos casos criminais. Ademais, a justificativa para tal restrição, qual seja, a violação do estado de não culpabilidade, revela ainda mais a necessidade de implantação de uma regulamentação.

Além da utilização da proporcionalidade, em que permite a cessão de parcela do caráter absoluto de um princípio a fim de que o outro não reste violado, existem outros exemplos de que a criação de um elemento normativa para regular os casos de colisões sem que haja o exaurimento ou violação dos princípios. O exemplo mais evidente é o da compatibilização de institutos, constante da própria Constituição Federal de 1988, ao passo que, ao mesmo momento que eleva o direito à propriedade à garantia e direito fundamental, impõe uma restrição, nos casos de desapropriação. O instituto da desapropriação não fere o princípio do direito à propriedade, o que ocorre é uma

compatibilização de institutos, e o mesmo ocorreria com uma regulamentação acerca da atuação dos órgãos midiáticos nos casos que envolvem os direitos de personalidade.

Não se pode negar, contudo, que a utilização da proporcionalidade, mesmo que não seja válida a evitar a ocorrência de tais conflitos, teria papel essencial para a criação legislativa regulamentar restritiva, a fim de que não se procedam exageros aptos à ensejar a volta da censura. Dessa forma, o processo de elaboração legislativa para a criação de uma regulamentação acerca da liberdade de expressão no atinente ao caso exposto deve pautar-se no princípio da proporcionalidade.

Por fim, tem-se que a criação de uma legislação regulamentadora e restritiva para a liberdade de imprensa no caso em questão é imperiosa, e a solução desse caso só pode se dar neste âmbito, do contrário, a mídia continuará a exercer a violação desenfreada do tão prezado princípio de estado de não culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Pierre; TERROU, Fernand. **História da imprensa**. Tradução de Edilson Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARALDI JÚNIOR, João Irineu; DAGNEZE, Cinara Sabadin. Caso Isabella Nardoni: a indústria midiática e os limites do pré-julgamento (uma análise jurídico-linguística). **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, v. 24, n. 1, 2010. p. 118-131.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003. p.242-263.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. (em apêndice a CF/1998, com as Emendas Constitucionais até a de n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. O conceito de princípio: uma questão de critério. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.7, n.7, jan./jun., 2010. p. 247-269. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/244/238>>. Acesso em: 09 out. 2012.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL, Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Os meios de comunicação social na constituição. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**. Belo Horizonte: IAMG, n. 15, 2009, p. 49-69.

CARVALHO, Luis Gustavo Castanho Grandinetti de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHRISTOFOLETTI, Rogério. Criminalização de vítimas na imprensa: considerações sobre a ética jornalística. **Revista Brasileira de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, v. 28. n. 1. jan./jun. 2005. p. 27-39.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Luis Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios jurídicos. **Revista Uniara**. n. 20, 2007. Disponível em: <<http://www.uniara.com.br/revistauniara/revista.asp?edicao=20>>. Acesso em: 09 out. 2012.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 40. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Revisão de Ana de Freitas. 5. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEITE, Bruna Eitelwein. **A influência da mídia no princípio da presunção de inocência no tribunal do júri**. 2011. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/direitouni/direitouniCapa/direitouniGraduacao/direitouniGraduacaoDireito/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCurso/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCursoPublica#20111>>. Acesso em 09 out. 2012.

MARTINS, Wilson. **A palavra escrita: história do livro, da imprensa e da biblioteca**. 3. ed. ilus. rev. e atual. São Paulo: Ática, 1998.

MARX, Karl. **Liberdade de imprensa**. Tradução de Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. ref. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. rev. e atual. até a EC n. 68/11 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERUZZO, Círcia M. Krohling. Ética, liberdade de imprensa, democracia e cidadania. **Revista Brasileira de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, v. 25. n. 2. jul./dez. 2002. p. 71-88.

PORTO, Maria Stela Grossi. Mídia, segurança pública e representações sociais. **Tempo Social, Revista de Sociologia da USP**. v. 21. n. 2. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ts/v21n2/v21n2a10.pdf>. Acesso em 09 out. 2012.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 34, n. 2, jul./dez., 2008. Disponível em:

<http://verum.pucrs.br/F/BG4C874LHD7EDFL6TY416CDYH4HXMYJ15D2UIUQRJVBFA2U9L7-76963?func=full-set-set&set_number=000462&set_entry=000003&format=999>. Acesso em: 09 out. 2012.

RAHAL, Flávia. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, mar./abr. 2004. p. 270-283.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 81, nov./dez. 2009. p. 61-91.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A função social como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.unisc.br/portal/images/stories/.../leila_eliana_hoffmann_ritt.pdf>. Acesso em: 09 out. 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004, p. 420. Tese do Programa de Pós-Graduação em Direito, Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, 2004.

SERRA, Joaquim Paulo. **Manual de teoria da comunicação**. Universidade da Beira do Interior, 2007. Disponível em: <<http://www.livroslabcom.ubi.pt/book/51>>. Acesso em: 09 out. 2012.

SERRANO, Vidal. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. Coordenação Hélio Bicudo. São Paulo: 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007). São Paulo: Malheiros, 2008.

STEPHENS, Mitchell. **História das comunicações: do tantã ao satélite**. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

SUANNES, Adauto Alonso S. Dignidade da pessoa humana e devido processo penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.70/Ed. esp., set. 1998. p. 03-04. Disponível

em:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16990-16991-1-PB.htm>>. Acesso em: 09 out. 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A imprensa e o judiciário. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 15, p. 15-20, ago./nov. 1996. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20397/imprensa_judiciario.pdf?sequence=3>. Acesso em: 09 out. 2012.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos padrões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, out./dez., 2001. p. 257-272.

TRAVANCAS, Isabel Siqueira. **O mundo dos jornalistas**. São Paulo: Summus, 1993.