

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA –
ASCES - UNITA**

BACHARELADO EM DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, FRENTE AO EXERCÍCIO ABUSIVO
DA MÍDIA, NO JULGAMENTO DE PESSOAS QUE GERAM
AUDIÊNCIA**

EVERTON QUEIROZ DE SOUSA

CARUARU

2016

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA –
ASCES – UNITA**

BACHARELADO EM DIREITO

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, FRENTE AO EXERCÍCIO ABUSIVO
DA MÍDIA, NO JULGAMENTO DE PESSOAS QUE GERAM
AUDIÊNCIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Faculdade ASCES, como
requisito parcial, para obtenção do grau
de bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Clodoaldo Batista de Souza.**

EVERTON QUEIROZ DE SOUSA

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___ / ___ / ___

Presidente: Prof. Mestre. Clodoaldo Battista de Souza

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos familiares e amigos que durante toda minha passagem pela vida acadêmica forneceram o máximo suporte e respeito, sem me deixar desanimar pelos reveses da vida.

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço a Deus por todas as portas que abriu na minha vida até aqui, por todas as lições que me trouxeram amadurecimento suficiente para me tornar quem hoje sou, bem como por tudo que ainda está por vir.

Em segundo, agradeço a meus pais por todo o esforço e sacrifício para me dar conforto, por me ensinar o que é moral, respeito, caráter, coragem e honra. São exemplos que vou levar por toda a vida.

Agradeço também aos professores, em especial a meu orientador neste trabalho, pela paciência, pelos bons conselhos, pelo zelo e pela predisposição que nunca falharam.

*“Nossas dívidas são traidoras
e nos fazem perder o bem que poderíamos conquistar
se não fosse o medo de tentar.”
(William Shakespeare)*

RESUMO

A presente investigação põe-se a analisar as características, influências e implicações que decorrem da interpretação e a aplicação lacunosa do princípio da presunção de inocência e os eventuais abusos que daí surgem. Irá destrinchar a compreensão adotada pelos meios de comunicação acerca da imagem de pessoas que estão envolvidas no processo, seja ele criminal ou não, pelo simples fato de que estas pessoas geram audiência. A análise se dará utilizando-se de fontes como a doutrina, ainda que escassa neste tema, a lei, a jurisprudência, principalmente, estudando o âmbito de suas mudanças e analogias com sistemas legais e decisões judiciais. Também será elucidada a seara social mediante o influxo que ela e os meios de comunicação, como fatores reais de poder, exercem, haja vista que devido a grande extensão do princípio fundamental da presunção de inocência abarca não apenas o Judiciário, mas também o trato de cidadão para com seus iguais. Assim, cruzando tais informações, evidenciará algumas chagas do Poder Judiciário Nacional, que levam a eventuais injustiças e distorções de leituras das fontes do direito, bem como a abertura de oportunidades para construções de teses deficitárias e questionáveis, influenciando, assim, nos objetivos das reformas legislativas, no pórtico de estado democrático de direito e no próprio âmbito social.

Palavras-chaves: Princípio fundamental; presunção de inocência; relativização; mídia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL	09
1.1. Conceituando a Presunção de Inocência	09
1.2. Digressão histórica do princípio da Presunção de Inocência	11
1.3. Características do princípio da Presunção de Inocência	23
CAPÍTULO 2. OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO COMO UM FATOR DE PODER - MÍDIA NO BRASIL	26
2.1. A Teoria dos fatores reais de poder	26
2.2. A mídia como um fator real de poder	32
2.3. O aspecto negativo da força midiática	35
CAPÍTULO 3. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, FRENTE AO EXERCÍCIO ABUSIVO DA MÍDIA, NO JULGAMENTO DE PESSOAS QUE GERAM AUDIÊNCIA	39
3.1. O juiz também como um cidadão	39
3.2. A atividade midiática e a possível influência nas decisões Judiciais	42
3.3. O esvaziamento do princípio constitucional da presunção de inocência ante um julgamento segundo a voz das ruas	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Inserindo-se em uma realidade de mundo moderno e globalizado, principalmente quanto a velocidade de difusão da informação pelos mais diversos meios e ainda o reflexo na opinião pública, com foco no modo como essa informação é exposta. Torna-se preocupante a influência que exerce a pressão desta opinião, construída a partir de uma informação de cunho duvidoso, frente ao exercício neutro da jurisdição e o respeito aos princípios jurídicos basilares, à boa condução do processo e da prevenção ao erro no momento da sentença, haja vista a imprescindibilidade de cautela nas descritas oportunidades.

Para tanto, explanar tal assunto no presente estudo trará ao ávido leitor uma elucidação a respeito das problemáticas, encargos e riscos, não só no campo jurisdicional como um todo, mas também no meio social, que podem surgir mediante a inércia frente a tal realidade.

Ao andar da carruagem, torna-se imperioso ao mundo jurídico manter-se atento aos avanços e modernizações que de algum modo alcancem o exercício imparcial da jurisdição. Pelo fato de que, parte grande da sociedade já percebeu que no Brasil, um costume que estava implícito, evidenciou-se, de um modo que o direito é aquilo que o juiz diz que é. Ou, pelo menos, tem se tornado assim, pois não há como compreender ou aceitar que um juiz, tendo passado por todos os requisitos necessários para ostentar a toga, possa ignorar a letra expressa da lei e da constituição. A negligência, por parte de um membro do judiciário, ao escancaro dos meios de comunicação, não pode ficar sem punição ou represália dos órgãos competentes para fazê-lo, sob pena de propagar-se, tornando-se ato comum, embora atentatório a dignidade da pessoa humana e da própria justiça.

Então, endossando esse entendimento junto com a aceitação pacífica da influência que os fatores reais de poder sofrem e exercem, visto a deturpação de informações, colocam-se todos à mercê das interpretações e valorações do julgador segundo os anseios de dar justiça a quem não tem conhecimento para fazê-la. Seria como retroceder à vingança privada mencionada por Foucault, tendo como instrumento de penalização a caneta do juiz, movida pelo anseio de atender aos reclamos de justiça de uma sociedade que se instiga na influência de uma mídia escarnekedora de figuras públicas, pelo fato de que lhes gera audiência. Um *modus operandi*, portanto, mais indireto do que se praticava à época descrita na obra do filósofo/psicólogo supracitado. Esquecem-se dos princípios apreciados na constituição federal, especialmente em seu art. 5º, inciso LVII.

A lei e os princípios fundamentais não devem ser entendidos apenas como norteadores das atividades desenvolvidas por autoridades de algum dos poderes do Estado, mas como

critérios do convívio social. A ponto de que em algum momento da história tornem-se costumes, revertendo-se as mazelas e falhas históricas de uma sociedade que anseia por mais justiça e menos impunidade, anulando-se, assim, a necessidade de normas reguladoras de situações tão específicas.

Despontam-se, com isso, oportunidades para inúmeras violações de princípios gerais do direito das quais irão se estabelecer novas jurisprudências que servirão de fundamento para atos jurídicos futuros, colocando em risco a garantia da segurança jurídica e do objetivo da estabilidade da jurisprudência – fulcros almejados dentro da referida realidade de mundo moderno - restando por relativizadas.

Portanto, com tais considerações feitas, é relevante estar atento aos direcionamentos, as fundamentações, as apreciações, a interpretação, a aplicação do direito e dos seus princípios. Ainda mais quando o que se está em foco são direitos fundamentais como a liberdade, a integridade e, por conseguinte, a dignidade humana. À vista disso, que as referidas violações incorram nas penalizações condizentes, afim de que não vire uma prática julgar ouvindo a voz das ruas.

Isto posto, torna-se imprescindível tentar destrinchar as motivações eivadas de parcialidade das autoridades das quais emanam as decisões, mostrando os reflexos no âmbito jurídico e social, os riscos que trazem a estes e, por fim, a solução que, talvez, de um humilde ponto de vista, seja a mais eficaz, referendando, em seu todo, o respeito aos princípios basilares do direito, aos bons costumes e, principalmente, a neutralidade.

Desta feita, irá se construir, em um primeiro plano, a caracterização do princípio constitucional da presunção de inocência, o conceituando e destacando a sua percepção histórica frente ao órgão maior do Judiciário brasileiro. Deste ponto se partirá a um destaque similar, mas com um recorte diferente, afeto a atividade midiática com uma análise de sua incursão no campo social e a importância que assume frente ao cidadão com os reflexos incidentes nas atividades do judiciário, visto o voo que ergueu até o patamar de fator real de poder. Por fim, o estudo indagará o fato de que essa ascensão da mídia, por vezes, chega ao nível constitucional, alocando a discussão na seara da eficácia e cogência real dos direitos fundamentais debatendo que, em não raras oportunidades, relegam-se estes direitos a relativização.

CAPÍTULO 1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

1.1 Conceituando a Presunção de Inocência

A noção inicial de uma conceituação acerca do princípio da presunção de inocência é a de que se trata de um preceito fundamental de que ninguém pode ser tratado como culpado pela prática ou pela omissão de qualquer ato, senão após a devida apreciação do órgão competente, sendo os pertencentes ao Poder Judiciário, através da apreciação e do consentimento do juiz natural, com plena observância dos princípios processuais, seja na seara cível, penal ou administrativa.

Está inserido no ordenamento brasileiro com força constitucional, sendo constante do art. 5º, inciso LVII¹, em letra clara e expressa, *verbis*:

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;

(...)

A importância do preceito reside na proteção ao cidadão, vedando que qualquer agente, depreenda-se aqui, inclusive, os não estatais, ou seja, membros comuns da sociedade, atentem contra a dignidade do cidadão suspeito do cometimento de uma infração criminal.

Destaque-se, que este princípio fundamental não dá àquele que é alvo de uma possível ação judicial o direito de pleitear a extinção dos atos pré-processuais, alegando ferirem seu direito de presunção de inocência, os quais estão incumbidos ao Estado, como bem observou o professor André Ramos Tavares *apud* Celso Bastos:

“Daí surge uma suspeição que obviamente não pode ser ilidida por medida judicial requerida pelo suspeito, com fundamento na sua presunção de inocência. Esta não pode, portanto, impedir que o Poder Público cumpra a sua tarefa, qual seja: a de investigar, desvendar o ocorrido, identificar o culpado e formalizar essa acusação”²

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10º ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 724.

Isto justifica-se até pelo fato de que, em geral, as investigações policiais (atos pré-processuais), ocorrem em sigilo, não sendo objeto de ampla divulgação, inclusive, para proteger a sua consecução.

Nesta guisa, de inserção jurídica, fica evidente que o objetivo da proteção a presunção de inocência é no âmbito processual, já que apenas nos casos especificamente previstos em lei se permite a tramitação em segredo de justiça, regendo a regra, assim, da publicidade dos atos processuais.

Então, tendo conhecimento que ter o nome ligado a uma ação judicial, seja de que cunho for, desde já ocasiona uma mudança da ótica da sociedade para com o indivíduo, sendo uma questão meramente de costume, embora bastante antiga. O direito, sempre atento as questões sociais, por via de suas balizas nucleares, elege uma blindagem fundamental a pessoa do acusado no processo judicial.

Esta concepção edifica-se no fundamento de que o cerne da construção, ou mesmo a ascensão de certo direito ou garantia ao patamar de fundamental dentro de uma ordem jurídica, *in casu*, a brasileira, está umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana, haja vista que o próprio legislador constitucional originário assim a elegeu, inclusive, dando-lhe feição de fundamento não só da ordem jurídica, mas do próprio Estado Democrático brasileiro. Confira-se a letra:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;³

E, nesta conjuntura, é importante salientar que este preceito se caracteriza por ser o alicerce do qual decorrem todos os demais princípios fundamentais da ordem jurídica, não podendo ser outro o entendimento ao seu entorno, haja vista que proteger o ser humano com base em sua dignidade, não em caráter pessoal, mas em sentido *lato*, indistintamente, é o melhor norte que pode, um real Estado Democrático tomar. E sobre este nobre princípio, observa Sarlet⁴:

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10º ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010.

“Embora não seja nossa intenção adentrar aqui de forma aprofundada o fascinante exame que sem dúvida merece o princípio da dignidade da pessoa humana, há que apontar, no mínimo, para circunstâncias de que a tese enunciada, no sentido de que todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana e que deste – justamente por este motivo – pode ser tido como elemento comum à matéria de direitos fundamentais, merece ser encarada, ao menos de início, com certa reserva (...)”

Cumprido delinear, ainda com base no mencionado autor, os parâmetros dos direitos fundamentais, ao ponto de, numa escala internacional, serem nominados, os princípios fundamentais de direitos humanos, como bem observa.

“Em pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (...)”⁵

Desta feita, sendo inegável o caráter humanitário da presunção de inocência, a julgar que tanto sua apreciação no orbe processual, que lida com a liberdade do suspeito, quanto no social, que lida com a boa imagem e trato pelos pares no meio em que está inserido, se evidencia o cerne baseado na dignidade da pessoa humana, atingindo, assim, a categoria mais distinta do direito.

1.2. Digressão histórica do princípio da Presunção de Inocência

Como já exposto, de um modo mais intrínseco, nascido de um desdobramento do princípio à dignidade da pessoa humana, abarcando ainda, na aplicação processual, a isonomia, é de um caráter representacional de evolução da concepção democrática e do próprio sistema processual, abandonando o procedimento inquisitivo, que, destaque-se, a muito ultrapassado, apreciando o acusatório, preservando o ser humano como tal e não dando-lhe contornos de mero objeto do processo.

Neste interim, alcança, também, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo, restando, todavia, por incerto, na doutrina, o momento exato de surgimento da presunção de

⁵ Ibidem.

inocência. Alguns a alocam na Magna Carta inglesa de 1215, com o desaguar de uma longa construção, outros destacam como o ponto de inserção momento posterior, no século XVIII, com a Declaração de Direitos do Bom Povo Da Virgínia (1776), onde lhe atribuiu-se, pela primeira vez e ao mesmo tempo, uma leitura de direito e garantia.

Dos referidos corpos normativos se depreendeu uma tal importância a previsão positiva da presunção de inocência até prova em contrário que fora reapreciado, desde então, nos mais diversos acordos internacionais bem como em leis fundamentais e constituições, como vê-se a reprovação à excessos das autoridades exposta no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que asseverou: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”⁶

E na linha desta razão de ser foi que, na III Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (1948), proclamou-se a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, que, devido aos maus momentos de violência que se presenciou no mundo nos anos anteriores, elencou-se, no art. 11, o direito a presunção de inocência e as garantias para sua efetivação, *verbis*; “1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”⁷

Em um âmbito mais regional, verifica-se a mesma reação preventiva aos abusos de poder, apreciando o direito de todas as pessoas serem presumidamente inocente, em corpos normativos de menor alcance, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), entre outros.

Todavia, no Brasil o direito de ser considerado inocente até prova em contrário com *status* de norma constitucional é uma novidade, sendo erigida a este patamar apenas com a carta constitucional de 1988. Não significa que antes não era adotado tal preceito no ordenamento pátrio, sendo aplicado decorrente de uma interpretação sistemática, como expõe

⁶ França. Assembleia Nacional Constituinte da França Revolucionária. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão>. Acessado em: 13 de set. 2016.

⁷ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acessado em: 13 de set. 2016.

Bulos: “(...) No passado, ela era extraída do contraditório e da ampla defesa, pois não vinha prevista taxativamente.”⁸

Desta feita, alcançando o corpo normativo constitucional pátrio, prevista no art. 5º, inciso LVII⁹ e sendo, inegavelmente, uma cláusula pétrea em nosso ordenamento, o marco de não ser considerado culpado trouxe à baila uma limitação ao poder estatal e, ao mesmo tempo, uma garantia de cunho social, deixando o cidadão a salvaguarda de prévios julgamentos de qualquer um.

E, no contexto daquela época a qual o Brasil acabara de sair, marcada pelo cerceamento das liberdades públicas e autoritarismos, bem como o abuso do poder estatal, tanto do julgador quanto dos órgãos de investigação, representou um ganho ímpar para a sociedade. Agora, protegidos da arbitrariedade, poderiam os cidadãos brasileiros gozar de outras liberdades, também de lastro constitucional, como a liberdade de expressão e de imprensa.

1.2.1 A Presunção de Inocência e os paradigmas da Suprema Corte de Justiça – Os entendimentos do STF

Aos 29 dias de junho do ano de 1991, a corte constitucional brasileira, em assentada para julgar o Habeas Corpus 68.726-1 – DF, acórdão de relatoria do Ministro Néri da Silveira, fincou os contornos que assumiria a interpretação, naquela casa, da garantia de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença.

Em uma breve fundamentação o ministro relator do caso, em seu voto, comete notável equívoco, a julgar que numa tentativa de apreciar o princípio fundamental da presunção de inocência segundo a ótica particular da legislação processual penal, dispensou a interpretação da clara e literal letra constitucional. Fez isso, também, desapreciando a possibilidade de reforma da sentença condenatória em sede de recurso extraordinário e especial e valendo-se da regra processual de que estes não são dotados apenas de efeito suspensivo.

Em suma, o que tentou o aposentado ministro e, infelizmente, obteve êxito, foi interpretar a constituição conforme o código de processo penal. Isto depreende-se do fato que erigiu como dispositivo fundamentador de sua decisão o art. 669 e incisos da supra referida legislação, que traz, *in verbis*:

Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo:

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. p. 714.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

- I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;
- II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.¹⁰

Nesta guisa, assumiu a linha trazida na exceção presente no inciso I do mencionado dispositivo, uma norma de natureza estritamente processual voltada a eficácia da lei penal e de execução, dando-lhe eficácia preponderante no referido caso concreto em detrimento da Carta de Outubro.

Então, observado o motivo que apresentou o Ministro da Suprema Corte, conquanto que seja de relevante importância a previsão da Carta Federal, bem como de um cunho principiológico no direito e, ainda, uma garantia humanitária de nível mundial, submeteu-a, no entendimento que prevaleceu àquela oportunidade, subjugando a uma norma inferior e mais antiga que a CF/88, sendo o código de processo penal. Veja-se a passagem:

“Não considero, de outra parte, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, - cuja condenação a pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra sentença desfavorável, - em conflito com a norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, quando preceitua: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.’
A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu.”¹¹

É de notável estranheza e infelicidade a ponderação feita, pois, se admitida, e, talvez, não tenha o plenário pensado nesta hipótese, abre-se um precedente de inversão da interpretação sistemática do corpo normativo doméstico, deixando uma lacuna para ser feita a leitura da norma maior que é a lei das leis (Constituição Federal de 1988) conforme a norma menor (Código de Processo Penal).

Duas são as fontes pertinentes nesta linha. Sendo a primeira a pirâmide normativa desenvolvida por Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito – ou, simplesmente, a “pirâmide de Kelsen” – traz uma hierarquização das normas inseridas no ordenamento jurídico de um país, tendo em seu topo a Constituição Federal, lendo-se esta, aqui, como a norma mais

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Poder Executivo.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 68.726. **Sentença condenatória mantida em segundo grau**. Rel. Min. Néri Da Silveira, 28 de junho de 1999. D.j. 20.11.1992. p. 4.

fundamental dos Estados.

Portanto, de um modo geral, todo ato normativo que venha à luz do ordenamento jurídico posterior a edição da constituição estará inserido em qualquer dos patamares inferiores da pirâmide. Isto posto, depreende-se que o que não corresponder a norma fundamental, presume-se inadequado, ou mesmo, extinto do ordenamento. É o que se entende por interpretação conforme a constituição, um método hermenêutico para fins de controle de constitucionalidade, almejando a compatibilidade das normas ao ordenamento constitucional.

Disto, claro fica que o supramencionado dispositivo não fora recepcionado pelo texto constitucional, a julgar que ambos tratam da sentença penal condenatória, todavia de modo diferenciado, guiando-se em sentidos opostos.

Vê-se que na legislação processual penal se fez a ressalva de possibilidade de execução da sentença antes do trânsito em julgado. Todavia, preteriu a Carta de Outubro, em contrassenso a mencionada norma, a possibilidade de condenação, apenas e somente quando do trânsito em julgado da sentença.

O segundo apoio vem da interpretação que a doutrina confere a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, especificamente em seu art. 2º, §§1º e 2º. *In verbis*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§2º a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.¹²

Vê-se que uma norma infraconstitucional, de cunho introdutório a todo o ordenamento brasileiro, também endossa o entendimento a desqualificar a decisão do Ministro da suprema corte nacional, pois da leitura do parágrafo primeiro supratranscrito, a norma incompatível com uma nova, tacitamente, encontra-se revogada. Atente-se que aqui não se fala mais de hierarquia de normas, mesmo sabendo-se ser o principal argumento para evidenciar o erro do acordão. Fala-se aqui de eficácia temporal de normas. É o que apregoa a doutrina:

“A revogação pode ser, ainda, expressa e tácita. É expressa a revogação quando a lei posterior declara, direta e explicitamente, que estão extintos e sem mais vigor todos os dispositivos, alguns dispositivos, ou algum dispositivo da lei anterior. A revogação tácita ocorre na hipótese de haver incompatibilidade entre a lei posterior e a lei anterior, e esta sai do mundo jurídico, total ou parcialmente, conforme seja completa ou relativa a antinomia, a contradição ou o paradoxo.”¹³

¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Poder Executivo.

¹³ FIUZA, Ricardo, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil Comentado**. 8º ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Desta feita, em suma, de posse destes mínimos conhecimentos, não resta aporte significativo para fundamentar a decisão prolatada em prejuízo do princípio fundamental de presumir-se inocente, a uma porque a norma inferior hierarquicamente é contrária à disposição da norma maior; as duas pelo fato que o próprio ordenamento infraconstitucional descarta a possibilidade de subsistência de uma norma mais antiga sobre uma norma nova que tratem de uma mesma matéria de maneira destoante. Sendo assim, o art. 637 do CCP, encontra-se a muito superada por sobreposição normativa temporal e material.

Nesta guisa, anos após a questionável decisão, a mesma matéria voltou as barras do Supremo, sendo, todavia, apreciada de uma nova ótica, dando-se prevalência a norma constitucional, relegando, como deveria ter sido àquela oportunidade, o Código de Processo Penal a não recepção pelo ordenamento constitucional.

Depois do transcorrer de longos dezessete anos, no julgamento do HC 84.078, publicado no DJ em 17 de fevereiro de 2009, de relatoria do Min. Eros Grau, veio a quebra com o entendimento que prevalecia na casa.

Em assentada do pleno do Supremo Tribunal Federal, a corte assinalou entendimento de qual linha seguiria acerca da presunção de inocência e, por ser a última instância do corpo orgânico do judiciário brasileiro e legítimo intérprete e guardião da constituição, seu *decisum* repercute por instâncias inferiores.

Naquela oportunidade, apreciando a literalidade da norma fundamental brasileira, que é a Carta Constitucional, a qual fincou o termo para ser considerado culpado o acusado apenas no momento do trânsito em julgado da sentença que assim o elegeu, lançando seu nome no rol dos culpados, trouxe à baila debate sobre os reflexos na vida do cidadão que tem seu nome ligado a um processo, especificamente, naquela discussão, de cunho penal.

Ressalte-se que aqui se fala de sentença em um sentido amplo, a julgar que a presunção de inocência não é uma exclusividade do processo penal, ainda que a cláusula pétrea fale em “sentença penal condenatória”. É o entendimento da melhor doutrina: “Amplitude do princípio: embora o art. 5º, LVII, refira-se aos processos penais condenatórios, incluem-se no âmbito da presunção de inocência os processos cíveis e administrativos.”¹⁴

Desta feita, na supra referida assentada, os ministros do Pretório Excelso, seguindo o voto do relator Eros Grau, por maioria, inverteram o entendimento que perdurava há anos na jurisprudência pretoriana, trazendo à luz uma nova interpretação do preceito, estabelecendo

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

que, em suma, a mínima possibilidade de se ter reformada a sentença condenatória de primeira instância, dá ao acusado o indulto de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão.

Observe-se, nesta ótica, que andou bem a suprema corte pátria, já que nada mais justo do que preservar a liberdade do cidadão em detrimento do *ius punitionis* do estado. É velar pela primazia do direito fundamental à dignidade humana, apreciado como basilar na Carta Brasileira, dando justo motivo para controle da legislação extravagante, como preleciona, inclusive, a doutrina. Veja-se:

“Por que controlar as leis e preservar as Constituições? A resposta se nos afigura singela. A lei é instrumento por excelência da planificação dos comportamentos humanos e brota seguramente do tronco robusto do poder político. As Constituições são cartas de resguardo das liberdades e hoje, sem dúvida, programa de governo.”¹⁵

Porém, voltando a linha argumentativa desenvolvida quando do julgamento do recurso heroico, os componentes que aderiram a tese do relator reverenciaram a principiologia constitucional em detrimento das normas legais, dando prevalência a presunção de inocência por vias da garantia a mais ampla defesa:

“(...) A ampla defesa não se pode vislumbrar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.”¹⁶

Em suma, o que melhor pode se depreender é que, quis o Min. Eros Grau estabelecer verdadeira diretriz acerca da presunção de inocência entre as barras do Supremo. O magistrado visualizou a antecipação do cumprimento de pena como um excesso ao direito/dever de punir do Estado, algo que desaguaria no desprestígio ao princípio fundamental da presunção de inocência, podendo-se resumir seu brilhante voto em uma única passagem na qual citou Evandro Lins, em letra: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente.”¹⁷

Todavia, nem sequer pelo mesmo tempo que o entendimento anterior permaneceu a nova diretriz pode prosperar, visto que sete anos mais tarde viria a ser revisada e mudada, voltando a sua anterior leitura.

¹⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14º ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 48

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 84.078. **Inconstitucionalidade da chamada “Execução antecipada da pena”**. Rel. Eros Grau 09 de abril de 2008. D.j. 17/02/2009.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 84.078. **Inconstitucionalidade da chamada “Execução antecipada da pena”**. Rel. Eros Grau 09 de abril de 2008. D.j. 17/02/2009.

Novamente em sede Habeas Corpus, de número 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016, tiveram, os ministros do Supremo Tribunal Federal, o tema em suas mãos e no contrassenso a prevalência que a corte deu na apreciação anterior, desprestigiaram o princípio fundamental.

Todavia, na referida assentada, os argumentos que direcionaram o entendimento no sentido de relativizar o inciso LVII do art. 5º da CF, não foram pautados, como em outrora, absolutamente na via da legislação. Nesta nova oportunidade de reafirmar as cláusulas pétreas, deu-se relevo a interpretações distorcidas da realidade social, levando-se em consideração mais os números e percentuais do que a constituição que a todos garante. A título de exemplo, em suma, fora o que fez o Min. Teori Zavaski, quando, em meio a seu voto, em uma análise da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para apreciar apenas matérias afetas ao direito e não aos fatos, elegeu que a afirmação da culpa em segunda instância, encerra a discussão sobre a possibilidade de inocência do indivíduo. Senão, confira-se:

“Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.”¹⁸

Ao que aparenta, o Magistrado olvidou em apreciar a possibilidade de erro do judiciário em qualquer de suas instâncias, afinal, composto por homens, está sujeito a falhar por mais de uma vez. Desta feita, ainda que não sejam os tribunais superiores (STJ e STF), lugar para se discutir matéria fática em sede de recursos extraordinário e especial, a matéria de direito ainda sim pode levar a liberdade aquele que se encontrar preso. E diante disto, é necessário que se diga, ocorrendo a derrocada da sentença de segundo grau nas instâncias extraordinárias, conforme apregoa a lei das leis, o Estado indenizará aquele que permaneceu no cárcere indevidamente, art. 5º, inciso LXXV¹⁹. Portanto, a garantia constitucional de ser presumido inocente também pode ser interpretada como uma via de mão dupla, a julgar que,

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292. **Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segunda jurisdição**. Rel. Min. Teori Zavaski, 17 de fevereiro de 2016.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

se aplicada aos moldes eleitos até a recente quebra no entendimento no HC 126.292, protege não só o cidadão, mas o próprio Estado.

Ademais, é temerário que, dentro do bojo de outros votos, se tenha argumentado que preponderar a presunção de inocência em face da decisão de segundo grau seria abrir as portas para jurisprudência defensiva e abarrotar o judiciário com recursos. Porém, não há espaço para prosperar esta argumentação, a julgar que não se pode interpretar a inafastabilidade do poder judicante da apreciação das lides em favor ao vislumbre de um melhor funcionamento de suas últimas instâncias.

Por fim, cumpre dar especial destaque a última a discussão sobre o tema, levada as barras da egrégia Suprema Corte pelas ADC's 43 e 44, que versaram sobre a declaração de constitucionalidade do 283 do CPP.

Estas ações buscavam obter do Supremo um entendimento em sentido contrário, pois se declarado constitucional, ou seja, conforme a constituição, o texto do mencionado dispositivo, se esvaziaria a decisão prolatada no Habeas Corpus julgado em fevereiro. Todavia, por mais embasadas que se encontrassem as pretensões deduzidas, o êxito não fora alcançado, visto que mais uma vez a corte se posicionou em desfavor do princípio constitucional. E nesta linha, é importante ressaltar, que o pleno se deteve a matéria da declaração de constitucionalidade pleiteada, sem delinear, na decisão, os reflexos trazidos pela interpretação flexibilizada conferida.

Pelo menos um dos percalços que os tribunais, que resolverem admitir a leitura feita pelo Supremo, vão ter que enfrentar, fora suscitada. O Ministro Dias Toffoli, que, citando a lei de execuções penais, de maneira acertada observou que o esta descreve, de maneira clara, o local onde serão cumpridas as penas. Em letra, citou:

“Nesse diapasão, não se pode olvidar que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) estabelece que o preso provisório e o condenado por sentença transitada em julgado deverão ser custodiados separadamente, observados os critérios legalmente fixados (arts. 2º e 84). A Lei de Execução Penal também delimita os estabelecimentos prisionais destinados ao condenado e ao preso provisório, preconizando que a penitenciária se destina ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (art. 87); que a Colônia Agrícola, Industrial ou Similar se destina ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art. 91); que a Casa do Albergado se destina ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 93) e que a cadeia pública se destina ao recolhimento de preso provisório (art. 102). Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos?”²⁰

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 43 e 44. **Execução provisória da pena**. Rel. Min. Marco Aurélio Melo, 05 de outubro de 2016.

É imperiosa a observação do Ministro, pois, ora, do ponto de vista da execução penal, com o novo entendimento, surge uma nova espécie de preso no Brasil, a julgar que não tendo a sentença transitado em julgado, não é preso definitivo, bem como percebe-se, também não é preso provisório.

De outra monta, o reflexo da decisão atinge outros dispositivos da lei de Execuções Penais. É o caso da letra dos arts. 105 e 147, *verbis*:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”²¹

É de se notar que todos estes dispositivos condicionam ao trânsito em julgado determinadas decisões do juiz que, sem o mencionado transito da sentença, não podem ocorrer. Isto explica-se pelo fato de que a atuação dos membros da magistratura está vinculada ao sistema normativo, não podendo eles agirem fora da ordem legal expressa, sob pena de arbitrariedade.

Esta linha de entendimento é a seguida por Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, que reconheciam a possibilidade de execução antecipada em situação específica, mas isto antes do advento da lei nº 12.403/11, que alterou o texto do art. 283 o Código de Processo Penal. É o posicionamento dos doutrinadores: “Poderia até caber uma interpretação conforme para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da impossibilidade concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias”. Contudo, mais à frente ressalta que “essa porta parece fechada (...) a própria lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória”²²

E é nesta linha que cumpre destacar que certos argumentos levantados contra os pedidos formulados nas ADC's, encontram-se em lugar remoto a doutrina e ao ordenamento jurídico. Estes argumentos, saliente-se que não se apresentam como de cunho doutrinário ou legal, serviram ao viés de conferir uma interpretação demasiado extensiva aos dispositivos legais de forma a alcançar o sentido que objetivavam os votos que compuseram a divergência. Sendo eles, por exemplo, dentre outros, alguns casos mencionados pelo Min. Luís Roberto Barroso, entre eles, envolvendo um famoso jogador de futebol, um ex-Senador da República

²¹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Poder Executivo.

²² PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 578-579.

e o assassinato da missionária Dorothy Stang. Destacou, em suma, que os acusados nestes casos desfrutaram do melhor que a liberdade oferece, elencando, ainda, o sentimento de justiça como o mais intrínseco ao ser humano. Ressaltou que julgamentos que demoram a alcançar seu termo, tiram a credibilidade do Sistema de Justiça.

Ainda, em seu voto, o Ministro trouxe alguns dados percentuais com fulcro de fundamentar o entendimento pela possibilidade de prisão com sentença desfavorável ao réu na segunda instância. Elencou, a partir de dados fornecidos pela assessoria de gestão estratégica do STF, que o número de Recursos Extraordinários providos em favor do réu é inferior a 1,5%, sendo que nos últimos sete anos de vinte e cinco mil setecentos e sete decisões de mérito proferidas, apenas 0,035% foram absolutórias, percentual que corresponde a aproximadamente nove absolvições.

Na linha desta análise de dados, o Procurador-Geral da República, em artigo publicado em jornal de grande circulação (Folha de São Paulo), com título “As estatísticas estão ao lado da prisão antes do trânsito em julgado”, também expôs alguns dados de igual cunho ao trazidos pelo Min. Roberto Barroso. De acordo com o seu estudo, entre os anos 2009 e 2016 (mesmo lapso temporal que trouxe o Ministro do Supremo), o STF julgou 3.015 Recursos Extraordinários penais, entre os quais somente 211 foram providos. Todavia, o irrisório número de 41 Recursos alcançou resultado favorável aos réus, sendo que mínimos dois recursos lograram imediata libertação. Desumiu destes dados que no transcorrer de sete anos, apenas 0,6% dos recursos providos conclui-se pela liberdade imediata dos réus.

Ora, percebe-se que há um desencontro entre os números percentuais trazidos pelo Procurador-Geral e pelo Min. Luís Roberto Barroso, onde, apesar do apreço a estas afirmações, calha destacar que se afiguram como argumentos de um cunho metajurídico. Isto explica-se pelo fato de que não há carga de concepção jurista nestes fundamentos, sendo uma análise puramente moral e política. Atendem, estritamente, ao desejo de punir e não a realização da justiça – realização sim de um “justiçamento”. Pouco importaria se todos os RE fossem providos ou apenas um. O princípio fundamental da presunção de inocência está conexo a condição humana nos moldes trazido pela constituição e não pela moral ausente no moroso processo judiciário brasileiro. A correção a este fato não está na relativização do preceito.

Como bem observaram os juristas Menelick de Carvalho Netto, Mateus Rocha Tomaz e Marcus Vinícius Fernandes Bastos, em parecer direcionado a criticar a postura do Supremo:

“Não se pode admitir que as insatisfações advindas das ruas, da sociedade, sejam utilizadas como régua hermenêutica de direitos, flexibilizando conquistas democráticas como a presunção de inocência a partir da invocação de objetivos normativos auto evidentes (universalmente aceitos, dado o seu alto grau de generalidade e abstração) como o combate à corrupção”²³

Para tanto, a esta guisa, cumpre explanar a realidade dos dados no apreço de Recursos Extraordinário pela Suprema Corte Brasileira. Veja-se o destrinchamento trazido por André Karam Trindade, Lênio Streck e Juliano Breda, em artigo publicado na internet:

“Assim, embora os números encontrados pelo ministro do STF não sejam similares aos levantados pelo PGR, as estatísticas parecem arrasadoras. No entanto, é preciso dizer que tais estatísticas escondem um dado absolutamente relevante para se discutir o impacto da relativização da presunção de inocência: os milhares de Habeas Corpus substitutivos de recursos extraordinários que foram impetrados no STF ao longo desse mesmo período. E disso nem o ministro Barroso e nem o PGR falam. E, aqui, cai como uma luva o Relatório Final do Projeto de Pesquisa *Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores*, divulgado em 2014, pela FGV Direito Rio, que contou com financiamento do Ministério da Justiça e do IPEA ([veja aqui](#)). A pesquisa, coordenada pelo professor Thiago Bottino, traz uma radiografia do manejo do HC no Superior Tribunal de Justiça e no STF, entre os anos de 2008 e 2012, quando houve o julgamento de um total de 196.833 casos (portanto, ainda faltariam três anos, pelos quais os números aumentariam). A amostra foi de 5%, respeitada a proporção de cada classe de ação em cada tribunal. O universo total da amostra abrangeu 13.888 casos. Entre suas conclusões, a pesquisa revela dois dados que são determinantes para a discussão acerca da inconstitucionalidade na execução antecipada da pena. *Primeiro*: a concessão, total ou parcial, da ordem atinge o percentual de 8,27% no STF e de 27,86% no STJ. *Segundo*: esses percentuais podem superar os 50% quando a ilegalidade decorre de determinados temas — como “erro da fixação de regime” e “erro na dosimetria” —, cujo impacto incide diretamente na execução da pena.”²⁴

Vista a realidade dos dados, é de se auferir que a forma como foram trazidos ao processo, apenas buscavam alcançar o objetivo de um julgamento em determinado sentido. E como já destaca alhures, na passagem do voto do min. Eros Grau: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente.”²⁵

Neste contexto, destacando que o STF é guardião e intérprete maior da constituição, torna-se imperioso destacar as consequências de insegurança que há de desaguar já que

²³ CANÁRIO, Pedro. **Régua do Supremo não pode ser a voz das ruas, dizem juristas em parecer**. Revista Consultor Jurídico, 16 de junho de 2016. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-adc-43-prisao-antes-transito.pdf> > Acesso em 13 de outubro de 2016.

²⁴ TRINDADE, André Karam; STRECK, Luiz Lênio; BREDÁ, Juliano. **O lado oculto dos números da presunção de inocência**. Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-13/lado-oculto-numeros-presuncao-inocencia> > Acesso em 17 de outubro de 2016.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 84.078. **Inconstitucionalidade da chamada “Execução antecipada da pena”**. Rel. Eros Grau 09 de abril de 2008. D.j. 17/02/2009.

configurada e assentada a repentina mudança do entendimento sobre tão nobre princípio constitucional. Saliente-se que a leitura conferida aos dispositivos de Carta de Outubro pela colenda corte representa inquestionável revisão do texto, não na forma, mas na hermenêutica. Nesta senda, cumpre transcrever passagem da obra “A força normativa da Constituição” de autoria de Konrad Hesse, que apregoou, tantos anos atrás, o perigo da alteração da interpretação constitucional. Fincou:

“Igualmente perigosa para a força normativa da constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor as exigências de índole fática do que a ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente, preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição”²⁶

Portanto, vê-se o caráter de desprestígio que assume a presunção de inocência, mesmo sendo cláusula pétrea constitucional com redação tão expressa e literal, as barras do seu intérprete maior, que é o Supremo Tribunal Federal, sendo necessário o ajuizamento de ações diretas de constitucionalidade, ora em trâmite, para se ver enrijecida, novamente, a ordem constitucional vigente. Pois, ressalte-se, não são trazidas penas na Carta Federal para quem a descumpre, já que a pena é a desconstrução da ordem que ela estabelece.

1.3. Características do princípio da Presunção de Inocência

O princípio de ser presumido inocente até prova em contrário tem, *a priori*, como característica uma função garantista. Isso porque, acompanhando a noção de existir dos princípios fundamentais como um todo, esta norma limita a atividade do Estado em alvo ao cidadão, haja vista o exemplo que se traz de outrora da arbitrariedade com que os detentores do poder estatal agiam, valendo-se deste de maneira autoritária, lesando, na quase totalidade das vezes, o direito dos particulares.

Nesta linha, é dedutível que também limita a atividade do particular, a julgar que o direito fundamental constitucional de ser considerado presumidamente inocente é uma garantia de todos os cidadãos sem distinção, inclusive, de circunstâncias, aderindo, assim, certa carga de imposição de dever ao próprio indivíduo.

Portanto, em síntese, como primeira característica da previsão do inciso LVII do art. 5º da carta de outubro, traz-se a regra de tratamento social, o dever de um cidadão para com

²⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. safE, 1991.

seus iguais.

Como segunda característica, neste interim, depreende-se, a necessidade da comprovação, ou seja, que através do reconhecimento da culpa em pleito movido perante o Judiciário, sem possibilidade de mudança para o *status* de inocente (transito em julgado). Foi o que destacou o Ministro Celso de Mello, em voto no plenário do Supremo Tribunal Federal, *apud* Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, *verbis*:

“(…) Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. ‘Regra de tratamento’: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).’ (grifei)”²⁷

Sendo assim, restam, os atos atentatórios a presunção de inocência, vedados pela própria constituição, seja de quem quer que parta a iniciativa ou a conduta. Excetuado, evidentemente, o ente que vise a condenação do acusado, desde que o faça, oportunamente, em juízo, pois seria negar o próprio direito de ação concedido ao cidadão.

E, nesta senda, também encontra limitação a caneta do magistrado que tem contato com o processo, devendo avalia-lo sob o auspício de preceitos jurídicos, esquecendo-se de paixões ou outras influências externas ao ordenamento.

1.3.1 A característica tridimensional do princípio da presunção de inocência

Sendo, portanto, a presunção de inocência um direito fundamental constitucional, constando no rol expresso da Lei das leis, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, cumpre analisar seu conteúdo intrínseco, destacando sua natureza jurídica e as consequências.

Num primeiro plano é de se verificar que o princípio da presunção de inocência tem um caráter predominantemente processual, embora possa se estender o alcance ao convívio e

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. **Constrangimento ilegal**. Habeas corpus nº 126.292 Pleno, voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 fev.

dia a dia social, pois o direito fundamental é de incidência automática vinculando tanto os poderes públicos quanto os particulares.

Evidentemente a leitura da presunção de inocência denota uma interpretação, a julgar que o conceito, do ponto de vista da hermenêutica, é rígido, fechado, sendo alicerçado historicamente. Entretanto, o sentido, diferentemente, se encontra aberto, podendo ser construído por qualquer um, desde que não descaracterize o conceito, sob pena de desconstrução de toda uma história de busca e avanço do direito como uma ciência atuante no campo social e não apenas teórico.

Sendo assim, a partir da construção do sentido da presunção de inocência, depreendem-se, conforme preconiza Luiz Flávio Gomes e já tangenciado anteriormente quando da citação de passagem do voto do Min. Celso de Mello no HC 126.292, algumas regras de obediência rigorosa.

A primeira relaciona-se com a seara probatória. Isto decorre da própria leitura do dispositivo constitucional que apregoa o transitório em julgado da sentença penal condenatória como o marco para se considerar culpado o acusado. Sabendo-se que para haver sentença condenatória em desfavor do acusado e sua condenação é a necessária a comprovação de que fora, realmente, aquele indivíduo, não outro, que praticou a conduta ilícita, portanto, merece ter reconhecida sua culpa. Esclarece o professor Luiz Flávio acerca da temática:

“No sistema jurídico brasileiro, em suma, todo acusado é presumido inocente, até que se comprove legalmente sua culpa. Culpa, aqui, logo se percebe, deve ser entendido no sentido de ‘culpabilidade’ (não culpa *stricto sensu*), ou seja, ‘atribuição culpável de um injusto típico ao seu autor’. (...) quando se atribui a um sujeito a culpabilidade em relação com uma determinada infração criminal não se faz outra coisa que afirmar a existência de uns fatos que se ajustam a uma descrição típica penal e a participação nos mesmo do sujeito em questão.”²⁸

Neste contexto, nota-se, perfeitamente, que o princípio da presunção de inocência, dentro do processo, protege o acusado do referendo, por parte do julgador, de acusações genéricas e infundadas, com provas fracas, que não atestam a autoria do fato, sem sombra de dúvida, levando-se assim a condenações por mera conjectura ou por presunção de culpa. Nesta linha, verifique-se a lição de Afrânio Silva Jardim. Em letra:

“Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais, vol. 729, Doutrinas Essenciais Processo Penal. 2012.

penal”²⁹

Em geral, nas condenações em que não se observa o apreço ao preceito constitucional em estudo, os argumentos ocupam uma categoria metajurídica, ou seja, sem correspondência com a técnica jurídica esperada.

A segunda regra relaciona-se com a limitação a busca pela comprovação da conduta ilícita do acusado. Ainda que se possa – e se deva – produzir provas em juízo para embasar a acusação, existem certas limitações a esta atividade que esbarram na presunção de inocência. Isto posto, para o deslinde da própria persecução penal, apregoa o ordenamento, que é necessário um lastro probatório mínimo. Veja-se, ainda na lição do supramencionado autor:

“(…) um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado. Tal arrimo de prova nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal (arts. 12, 39, § 5º, e 46, § 1º, do Cód. Proc. Penal”³⁰

Entretanto, de acordo com a regra em estudo, estando em análise agora o momento do assentamento da culpa, este lastro probatório precisa ser não mais mínimo, porém suficiente a não restar dúvida e legal. A julgar que uma prova tocada pela ilegalidade, não pode servir de base para a configuração da culpa de um indivíduo, aqui residindo a diferença entre ambas as regras. Portanto, esta regra se afigura, como assevera a doutrina, como de garantia.

“ Não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito. A colheita das provas deve seguir o *due process of law*. Cuida-se de atividade pública cercada de garantias. (...) Viola-se a presunção de inocência como regra de garantia quando a atividade acusatória ou probatória não se observa estritamente o ordenamento jurídico”³¹

Revela-se, assim, que princípio constitucional tem a seu lado o ordenamento, não comportando relativizações do tipo que estejam sendo coniventes com a ilegalidade.

Por fim, a terceira e mais importante regra, visto que alcança, inclusive, as atividades particulares, embora não com a cogência que deveria, é a de tratamento. Por vias desta, crê-se que não só o magistrado se encontra impedido de fazer juízo de valor acerca do acusado, mas toda a sociedade. É por esta linha que se pauta Luiz Flávio Gomes:

“(…) como regra de tratamento a presunção de inocência impede qualquer

²⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 93

³⁰ Ibidem.

³¹ GOMES. Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais, vol. 729, Doutrinas Essenciais Processo Penal. 2012.

antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar etc.”³²

Um preceito constitucional de tão grande importância não pode receber uma leitura de uma regra sua a um modo restritivo como o que vê-se. Um princípio fundamental do Estado, afeto a própria condição de ser humano, já que é decorrente do princípio de respeito à dignidade humana, deve ser melhor observado pelas autoridades e propriamente difundido. Como bem observa Gustavo Badaró, ter um nome ligado ao processo penal já significa uma espécie de pena para o acusado:

“Em razão do caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa uma grave ‘pena’ imposta ao indivíduo, não é possível admitir denúncias absolutamente temerárias, desconectadas dos elementos concretos de investigação que tenham sido colhidos na fase pré-processual. Aliás, uma das finalidades do inquérito policial é, justamente, fornecer ao acusador os elementos probatórios necessários para embasar a denúncia.”³³

Nesta guisa, de um ponto de vista social, não só o envolvimento em um processo de cunho penal traz o referido encargo a pessoa. A melhor análise que se pode fazer é da ótica da discussão que se trava nos autos e do ramo do direito em que encontra. Por exemplo, um processo de deserdação em que se funda a pretensão inicial na alegação de ter o herdeiro acusado caluniosamente o autor da herança em juízo, termos do art. 1.814 do código civil³⁴, se alcançada a difusão a que se pretende prevenir a presunção de inocência, o resultado esperado na reação pública é, no mínimo, o expurgo ou vexame social.

Portanto, a presunção de inocência figura no processo e na sociedade como medida protetiva ao ser humano, repreendendo qualquer espécie de conduta que venha a imputar a determinado indivíduo fato ilícito do qual não se tem certeza que cometera.

³² Ibidem.

³³ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2012.

³⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. **Código Civil**. Poder Executivo.

CAPÍTULO 2. OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO COMO UM FATOR DE PODER - MÍDIA NO BRASIL

2.1. A teoria dos fatores reais de poder

Esta é uma teoria elaborada pelos escritores Ferdinand Lassale e Konrad Hesse, que trata dos elementos que conferem força impositiva, cogência, as normas constitucionais. Estes elementos seriam a ponte de conexão para capacidade de a constituição atingir a inserção na consciência geral da população, transformando-se em real força ativa, ao ponto de que a ordem nela estabelecida passa a orientar a conduta do cidadão.

Por vezes, estes elementos, aparentam ser estranhos a ideia comum que se tem com relação as instituições que formam o caráter de respeito a norma fundamental. Sendo que, como elenca Lassale³⁵, até os banqueiros podem vir a exercer uma influência na verificação da aplicabilidade pratico/real das normas postas, ainda que estas sejam de quilate constitucional. Nesta linha, o autor conceitua os supra referidos elementos da seguinte maneira: “Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possa ser, em substância, a não ser tal como elas são”³⁶.

Desta feita, é notável a importância dos fatores que conferem a força cogente de que necessita a constituição e as leis em geral, tomando por base dois motivos. O primeiro, ligado ao próprio plano de eficácia, é para que passem de meros dispositivos legislativos escritos a condutas do cidadão, e o segundo é para que atinjam o propósito a que se destinam sem desvios, pois todo texto normativo comporta interpretação, portanto, passivo de erros de leitura.

Nesta guisa, é de se destacar um fator real de poder que, observada sua participação e movimento cotidiano, pode exercer tanta força quanto é possível sobre o caráter impositivo das normas postas. O mencionado elemento se afigura pela sociedade participativa, evidentemente, pois, se inerte, contrária ou não a disposição legal, em nada influencia.

Traga-se, a título de exemplo, a atividade do legislador, que se afigura por positivar normas que visam regular condutas do cidadão, configurando permissões ou proibições. Se a certa altura de uma conjuntura política é editada uma disposição legal abolindo as liberdades

³⁵ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6º ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris. 2001.

³⁶ *Ibidem*.

públicas e estatuidando regimes antidemocráticos com práticas despóticas ou mesmo escravocratas, é certo que haverá um levante social em face a nova legislação, pois a sociedade dificilmente aceitaria tal retrocesso social. Bem apregoa Konrad Hesse, nesse sentido, em explanação a força dos fatores reais. Em letra:

“As relações fáticas resultantes da conjuntura desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; Esses fatores reais do poder formam a constituição real do país”³⁷

Com base nesta ideia é que ambos os autores sustentam um conceito de existência simultânea de duas constituições plenamente eficazes, delineando caracteres de uma norma fundamental não escrita (constituição real), que, apesar de seu caráter abstrato, teria uma força cogente mais efetiva do que o texto escrito. E, ainda nesta guisa, é importante salientar que a melhor doutrina pátria referenda este entendimento, conferindo nomenclatura diferente, mas preservando o conceito. Confira-se:

“Eficácia social ou sociológica é a incidência concreta e regular das normas constitucionais sobre os acontecimentos da vida. É o mesmo que efetividade, pois faz prevalecerem os fatos sociais e os valores inseridos nas constituições. Mediante a eficácia social, o texto maior concretiza-se no seio da sociedade, cumprindo-se na prática. Norma constitucional efetiva, portanto, é aquela obedecida, seguida e aplicada, correspondendo aos fatores reais de poder que regem a sociedade.”³⁸

Por conseguinte, cumpre destacar que a preponderância da constituição chamada real, para os autores de outrora, ou norma constitucional efetiva, para a presente doutrina doméstica, não elimina o caráter científico do direito constitucional, já que assim se poderia entender, visto que este destina-se ao estudo normativo. Aqui julga-se que se admitindo que a constituição real é, em todas as situações, superior a escrita, a ciência constitucional resta-se por negada em seu cerne, conforme expõe Hesse, reduzindo-se e equiparando-se a outros campos do saber. Em letra:

“A constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da constituição real, não significa outra coisa senão a negação da própria essência da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da constituição. (...) Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se sua conversão como simples ciência do ser. Não haveria mais como diferencia-la da

³⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. safE, 1991.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8º ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

sociologia e da ciência política”³⁹

Sendo assim, é normal surgir a dúvida acerca de qual constituição, em verdade, imprime força cogente na prática. Porém, a resposta se afigura mais simples do que se possa parecer, sendo que a ambas as constituições coexistem simultaneamente, restando por impossível desvencilhar uma da outra, bem como confundi-las.

Nesta linha, faz necessário ter em mente certas concepções jus naturalistas da própria sociedade, visto que as disposições normativas logram prever condutas humanas. Mais afeto a lei fundamental, esta base de previsão se funda na percepção do legislador originário em eleger ao patamar constitucional condutas já inseridas no âmago da sociedade. É dizer, por exemplo, que não há como viger um texto constitucional com traços extremistas de fundamentalismo islâmico numa determinada sociedade com bases históricas e totalmente predominantes de catolicismo conservador.

Portanto, a norma fundamental de um Estado deve se pautar naquilo que de outrora já se encontra inserido na cultura, nos costumes sociais e até políticos, para assim ter confluência a norma escrita e a real.

Por fim, como não poderia deixar de ser, para regra exsurge uma exceção, que são os princípios fundamentais. Estas regras são imanentes ao ser humano e não as sociedades, pois advém da própria noção de dignidade humana conferida a todos sem distinção. Portanto, ainda que um indivíduo esteja inserido em determinado seio social, sentindo falta ou necessidade de algum direito fundamental que por seu Estado não seja previsto com caráter normativo – tanto real quanto escrito – este pode buscar em outros Estados, ou mesmo em outras instâncias, guarida pelo direito não previsto em seu país natal.

Por este motivo é que os princípios fundamentais, no mais das vezes, são incorporados as Leis fundamentais dos Estados para assim coincidirem com a limitação imposta a própria Constituição real pela noção de Constituição Jurídica. Isto explica-se pelo fato que impondo, o legislador originário, certo regramento a ser observado, incumbe ao legislador decorrente, efetivar a regra com os meios pertinentes a alcançar eficácia na sociedade. Feito isto, o princípio fundamental que, *a priori*, não estava inserido no seio social, alcança o que Hesse chama de “vontade da constituição”.

A carga histórica de que são dotados os princípios fundamentais – portanto decorrentes da dignidade humana – não se podem vislumbrar de maneira absolutamente restrita ou tolhida

³⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. safE, 1991.

pelas pretensões depreendidas de qualquer espécie de constituição, evidente que desde que mostrado pela pessoa o querer da proteção e a consciência dos encargos deste querer.

A condição de ser humano é pujante e inabalável, pois a história ensina que quando relativizada em prol de fatores reais de poder ou espécies normativas ainda que de caráter positivo, a leitura pode – e no mais das vezes assim foi – relativizá-la em demasia, ou mesmo negá-la, por isso que justificada a sua proteção pelos princípios fundamentais em detrimento de outras ordenanças.

2.2. A mídia como um fator real de poder

Na guisa do trato dos fatores reais de poder verificados nas sociedades, é inegável o importante papel que a mídia já há muito assumiu na atual configuração de mundo moderno e conectado em que todos os cidadãos estão inseridos. Tão preponderante é sua importância que na atividade cotidiana, no mais das vezes, é a responsável pela condução da opinião do público em um sentido ou noutro, construindo um novo senso comum ou até mudando paradigmas ademais estabelecidos no cerne de dado seio social.

Esta atividade de difusão de informação, desempenhada pelos meios de comunicação, ganha força por ser inerente ao ser humano a aquisição de conhecimento, ainda mais quando se trata de conhecimento sobre condutas ilegais. Acontece que o interesse por tomar posse de conhecimentos nesta linha, em específico, se alavanca, em seu todo, para atender a elementos sensoriais do homem, tendo em vista que desde a história antiga do mundo, em épocas que era menor a frequência dos ilícitos – e sem as tecnologias de hoje – as histórias, contadas “boca a boca”, supriam o encanto do homem com estes ocorridos e, não raras vezes, já nesse longínquo tempo, atendiam a interesses específicos.

Os meios de difusão de informação, portanto, assumem um importante papel na construção do indivíduo, visto que alcança, por meio da influência que exerce, desde a educação recebida em casa, até o modo de desempenho da vida em si. Como se pode depreender das observações do professor Sergio Salomão:

“A mídia transmite uma imagem codificada de mundo. Tem a capacidade de alterar o conteúdo e significado da própria realidade. Os meios de comunicação fazem parte do processo de socialização do indivíduo, processo que, ainda que comece com mais intensidade na infância, é contínuo até a morte. Portanto, de uma maneira ou de outra, as mensagens que são transmitidas passam a integrar a maneira de ser da população que está submetida a sua influência. O mundo atual, mundo das comunicações, vive da ficção, da fantasia, em que a definição da realidade assume um papel maior que a própria realidade. As notícias disseminam-se com rapidez incontrolável e com cores muito fortes: textos e imagens, fotos e vídeos, depoimentos e closes revelam a crueza dos acontecimentos - corpos

mutilados, nus, desfigurados; vidas devassadas sem qualquer pudor ou respeito pela privacidade; armas sofisticadas são retratadas em profusão; histórias de premeditação, de infortúnios e de deslizes morais. Nada escapa ao arguto olhar do repórter/narrador que passa seu percuciente olho clínico pela realidade, construindo seu próprio objeto de investigação e análise.⁴⁰

Sendo inegável e clara resta a influência que desempenham estes elementos na formação da pessoa, inegável também que, no decorrer do tempo, ainda que duvidosas as fontes das informações transmitidas as massas e o objetivo a que se dispõem, assumem certo grau de credibilidade incontestável, visto que caem no gosto comum do cidadão. Isto explica-se pelo fato de que não é rotineira a pesquisa pela veracidade das informações perpassadas, ainda que a história nos conte que os jornais, revistas e a televisão estejam bem dirigidos a dadas pretensões.

Com este contexto, afigura-se claro que os meios de comunicação, em sua direta atividade formadora de opinião dos cidadãos, exercem um indiscutível papel de fator real de poder. Como base nisto, e a exposição feita neste tópico acerca do atual desempenho da atividade midiática, calha nos remeter a conceituação destacada alhures feita por Lassale acerca destes fatores⁴¹, pois de posse do cruzamento destas observações é que se pode depreender a linha conectiva entre a credibilidade das intuições frente a opinião pública.

Veja-se, mais uma vez a título de exemplo, uma dada emissora de aporte regional, mas com grande audiência, portanto, já inserida no gosto comum da maioria dos cidadãos, passa a vincular notícias acerca do funcionalismo público, com enfoque principal na morosidade do judiciário. Passados alguns dias, traça como alvo umas das Varas de Direito Civil de uma dada cidade, usando como arma argumentativa pessoas com processos, aparentemente, parados, traçando como paradigma comarcas em outros Estados com realidades sociais absolutamente diferentes. Nesta guisa, furta-se de destacar que para certos procedimentos é necessário o cumprimento de algumas formalidades eleitas pela própria legislação pátria, o que demanda tempo. O resultado deste abuso será o descrédito do representante do poder judiciário naquela circunscrição e a tendência a busca por meios totalmente estranhos ao que prega o ordenamento para resolução dos conflitos entre particulares.

A partir disto, então, vista a construção social humana com influência do “mediatismo” e o deficiente ensino entre o que certo e o que é fácil, surgem dois problemas. Um na própria sociedade que se pauta em criticar, seguindo a onda levantada pelos meios de comunicação de massa, ou pior dirige-se a resolver o problema de forma extrajudicial e, mesmo, ilegal. O

⁴⁰ SHECARIA. Sérgio Salomão. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas**. Vol. 10, Revista Brasileira de Ciências Criminais. 1995.

⁴¹ Cf. supra ³⁶

outro problema é na seara do desempenho da atividade da magistratura, pois se afigura inquestionável que o juiz togado também está à mercê de tanta influência externa quanto sofre um cidadão comum.

Neste contexto é que se visualizam teratologias jurídicas e desvios de fundamentação, incorrendo, o magistrado, em decisionismos. Sem uma verdadeira pesquisa empírica do conteúdo do caso concreto, não há como vislumbrar o alcance do objetivo do poder judiciário que a realização da justiça segundo os parâmetros da legislação. Todavia, por mais que o juiz seja o interprete legitimado da lei para aplicação e resolução do caso concreto, cumpre estar atento, também e principalmente, a doutrina, pois se admitindo que o direito fique jurisprudencializado, negativa-se a função do doutrinador e mesmo do advogado. Neste mesmo sentido, destacou o professor Lênio Streck. Em letra:

“ (...) se o direito tem um grau de autonomia e se temos uma Constituição normativa — portanto, ela é lei — *então temos que construir as condições epistêmicas para que uma decisão não seja fruto de opiniões pessoais ou por influências políticas, econômicas ou da mídia*. Trata-se de discutir a democracia. Mídia não é fonte de direito! Não creio que Habermas, Dworkin, Hart etc. tenham escrito inutilmente sobre o direito e mereçam o desprezo de um certo imaginário refém do senso comum teórico ou até mesmo caudatário de teorias críticas “espertas”, que trazem a novidade tipo “direito é poder; direito é superestrutura; direito é valor”. Parabéns pela descoberta política-econômica-sociológica-moral. Eu achava que o direito era neutro...”⁴²

Notado isto, passa-se a visualizar de maneira clara a ponte entre a ética profissional com o respeito a pessoa na atividade midiática e o escárnio público que, infelizmente, há de desembocar no aumento de audiência para as emissoras de TV, por vias de telejornais, e das vendas de jornais e revistas. Ou ainda, na concepção de mundo virtualizado pela internet, o crescimento do acesso ao canal de difusão de que se vale o usuário.

2.3. O aspecto negativo da força midiática

Destacadas estas linhas até aqui, seria seguro afirmar que não é preocupante o cenário se as pessoas que controlam o exercício da difusão de informação não tivessem percebido isto, antes mesmo dos especialistas e da doutrina, pois de posse deste conhecimento, enxergaram o canal para aquisição de vantagens e benefícios. É verídica a afirmação, pois o controle do alastramento dos dados e sua forma sempre foi uma conduta vinculada a quem estar por trás dos meios pelos quais se pratica esta divulgação.

⁴² STRECK, Luiz Lênio. **O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito**. Revista Consultor Jurídico, 19 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>> Acesso em 10 de outubro de 2016.

A mídia, é de se ver, não está pautada pela necessidade de atualização de informação da sociedade, mas pela conveniência de pessoas em oportunidades específicas. Se vale da construção do ser humano para explorar as paixões e os sentimentos incutidos que se revelam afetos aos casos concretos. Posição esta adotada na doutrina:

“ A mídia outorga a si mesma o papel de mera reprodutora de informação. Seu papel seria o de exercer a simples função de espelho da realidade, transmitindo os fatos em face das ocorrências existentes no curso dos acontecimentos. No entanto, na realidade, entre o jornalista e a audiência se estabelece um acordo comunicativo e uma confiança socialmente negociada. Assim, a notícia não é nunca um espelho da realidade, mas sim um objeto construído, não obstante tentar parecer espelho da realidade. A liberdade de imprensa, tão característica das sociedades democráticas se impõe à totalitária lei do espetáculo. ”⁴³

Não fora por outra razão, senão em apreço a influência dos sentimentos e das paixões na formação do consentimento do ser humano que o legislador erigiu a previsão de desaforamento do tribunal do júri no art. 427 da legislação processual penal. *Verbis*:

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.⁴⁴

Atente-se bem que aqui não se advoga em defesa da tese que a mera propagação midiática do fato cometido por um dado cidadão seja causa, em todas as oportunidades, para desaforamento, considerando-se, inclusive, que esta matéria já fora objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, no HC 133.273, tendo fincado, o Ministro relator Teori Zavascki, que não há verificação entre a propalação da notícia do ilícito e algum prejuízo ao acusado quanto a formação de sua culpa. Transcreve-se:

“Pertinente, aliás, a lição de Guilherme de Souza Nucci, para quem ‘não basta, para essa apuração, o sensacionalismo da imprensa do lugar, muitas vezes artificial, sem refletir o exato estado das pessoas’ (Tribunal do Júri. 6ª edição). Nessa trilha, o Ministério Público Federal ressaltou que ‘não ficou demonstrada qualquer situação peculiar concreta sobre a imparcialidade do Conselho de Jurados que indicasse a necessidade do desaforamento’.

Conforme já consignado por esta Suprema Corte, ‘A divulgação do fato criminoso pela mídia não reflete o ânimo dos membros integrantes do Conselho de Sentença’ (RHC 118.615/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Dje 14/2/2014), de modo que “a manifestação do juiz que afirma a ‘relevância social’ do julgamento a ser realizado pelo Tribunal do Júri não basta, só por si, para descaracterizar a imparcialidade dos jurados e, conseqüentemente, justificar o desaforamento do julgamento’ (HC 91.617/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje

⁴³ SHECARIA. Sérgio Salomão. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas**. Vol. 10, Revista Brasileira de Ciências Criminais. 1995.

⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Poder Executivo.

9/12/2011).”⁴⁵

Todavia, é notável que o Ministro deixou aberta sua fundamentação em certo ponto, a fim de não tomar uma decisão de caráter absoluto, pois não está na seara do impossível o exercício de influência do abuso midiático no convencimento dos jurados sobre a culpa ou não do acusado.

Apesar de ter certo grau de dificuldade a configuração das circunstâncias onde se possa verificar a inserção preponderante da mídia na determinação do convencimento dos jurados e mesmo dos juízes, depreende-se do trecho transcrito elementos, nas citações, que ali foram apostos como excludentes.

Portanto, posto em análise, o primeiro elemento que apresenta está na citação que faz da obra do professor Guilherme Souza Nucci, com destaque “ (...) o sensacionalismo da imprensa do lugar (...) sem refletir o exato estado das pessoas ”. É evidente que se verificada uma conduta no meio social, inflamada pela mídia, que possa pôr em risco a segurança jurídica, em todos os seus termos, o pedido para desaforamento certamente terá uma força maior para ser provido.

O segundo elemento adveio de transcrição de passagem mencionado pelo *parquet* e está afeta a conduta não mais da sociedade, mas do próprio corpo do júri, vista a apuração de uma situação real que pusesse em cheque a imparcialidade do Conselho de jurados. Por fim, traça dois parâmetros complementares, ao rememorar precedentes da corte, sendo que deles se entende, a uma que é necessário auferir o contato entre a divulgação do fato criminoso e o ânimo dos membros do conselho de sentença e as duas, a manifestação incontestada do juiz acerca das linhas do julgamento, propriamente, entendesse que sobre o mérito.

Não obstante, e não raras vezes se vê acontecer, ocorrida alguma das situações descritas e permanecendo o julgamento no foro em que se encontrar, exsurge o ponto principal da problemática na difusão abusiva tanto da conduta ilegal quanto do acusado. É neste diapasão que vem à baila o dilema moral – condenar o indivíduo que a sociedade odeia, atendendo o reclamo das vozes da rua, por vezes, atendendo até o convencimento nada neutro, influenciado pelo abuso dos meios de comunicação, ou se valer do ordenamento, dos princípios jurídicos, deixando de lado os sentimentos e libertando o cidadão.

O dilema moral é um conceito que não pode figurar como decisivo no assentamento

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 133.273/SP. **Parcialidade dos jurados ante o exercício da atividade midiática**. Rel. Min. Teori Zavascki, 25 de agosto de 2016. D.j. 29.08.2016. p. 4.

da culpa. Aceitar isto é andar na direção de que o cidadão vire mero objeto do processo, alvo do discernimento afetado pelo afã de paixões e que os juízes são “anjos vingadores” da sociedade. É o que vem, já há algum tempo, sustentando o professor Lênio Streck, em letra:

“Bingo. Tenho referido isso todos os dias. Juízes devem decidir com responsabilidade política. Não para agradar A ou B; não para aliviar a própria consciência; não para moralizar o direito. (...) Contra tudo e contra todos, se o direito do réu existe e está comprovado, deve conceder o habeas corpus ou absolver, mesmo que, internamente, pense que o acusado deve ser frito no inferno.

(...)

Direito é mais do que isso. É garantia. Por isso temos princípios. Que são padrões. Que são normativos. Mesmo que atrapalhem o tráfego. Ou que descontentem a mídia ou a moralidade média da sociedade.”⁴⁶

A resolução de dilemas morais está adstrita a filosofia, a sociologia e outras ciências, sob pena de esvaziamento da própria ciência jurídica. O julgamento de lides está afeto a principiologia, a critérios bem definidos pela lei e pela doutrina. Já os fatores externos, como este aspecto negativo dos meios de comunicação de massa, devem ficar à margem, pois mais deturpam o caminho do judiciário do que o direcionam a consecução do objetivo do Poder judicante.

⁴⁶ STRECK, Luiz Lênio. **O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte.** Revista Consultor Jurídico, 6 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte> > Acesso em 11 de outubro de 2016.

CAPÍTULO 3. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, FRENTE AO EXERCÍCIO ABUSIVO DA MÍDIA, NO JULGAMENTO DE PESSOAS QUE GERAM AUDIÊNCIA

3.1 O juiz também como um cidadão

A condição de ser humano iguala a todos em um mesmo patamar, não sobrepondo ninguém por meros fatores individuais, sejam eles físicos, ideológicos ou ainda de conduta. Esta afirmativa está apreciada em diversos textos normativos pelo mundo, inclusive na Lei Fundamental brasileira, em seu art. 5º, caput⁴⁷, nomeando-se como princípio da isonomia. Esta previsão decorre, em uma ótica mundial, do princípio da fundamental de respeito à dignidade humana, motivo pelo qual ascende a condição de princípio fundamental.

A isonomia, não se pode vislumbrar distanciando-se da condição de conhecimento técnico, sendo que a perícia em dada área do conhecimento não eleva ninguém a posição superior à de ser humano, ainda que na seara de discussão aplicada deste saber que detém. Admitir isso é assumir a estratificação científica da sociedade.

Todavia, vê-se que o caminhar é em sentido contrário, pois o conhecimento técnico faz nascer, ou mesmo eleva, um sentimento de sobreposição – sem generalizações – em relação aos que são leigos e aos que tem graduação em área diferente. Tal circunstância se agrava quando o reconhecimento ou mesmo o esforço recompensam, guinando este especialista a aquisição de certa quantidade de poder frente ao campo de sua profissão o que o torna uma pessoa rentável do ponto de vista dos meios de comunicação.

Trazendo-se ao universo jurídico, com enfoque no exercício da magistratura, pois são os entes com maior poder na triangulação das relações jurídicas, nota-se um crescimento ao apreço da realização da vontade do julgador, não da justiça por via do ordenamento, na resolução das lides. Tem-se em vista, nesta feita, que, além da idolatria social, os meios de comunicação contribuem preponderantemente com o ego inflamado do magistrado, o que descamba na concepção errada acerca do direito. Confira-se o seguinte destaque:

“Essa constatação repercute de maneira intrínseca no modo de ver o Direito proposta pelo realismo jurídico, uma vez que a intenção de desviar-se de debates puramente

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

metafísicos e a opção por um ponto de vista pragmático levaram a construir-se com base na máxima de que o Direito corresponde àquilo que o juiz diz que é o Direito.
” 48

Em suma, é como se houvessem tacitamente eleito o consentimento do julgador como o ponto fundamental a mencionada realização sem atentar a que vícios ele pode se submeter.

A principiologia jurídica é um lugar único, onde não se pode inserir a vontade do julgador de maneira tão independente, ademais quando está adstrita a condenação, seja de que cunho for. Sendo que, por este motivo, a presunção de inocência, estando mais afeta ao direito penal, todavia, abrangida em outras áreas do universo jurídico, não pode ter seu núcleo essencial relativizado pelo consentimento do julgador. Ser considerado presumidamente inocente é uma conquista humanitária, um patrimônio jurídico conferido a todo ser humano.

Este nobre princípio ocupa posto pétreo constitucional, portanto, dotado de uma rigidez também única no corpo do ordenamento, estando protegido contra as inserções de qualquer cunho que objetive muda-lo, ainda que na sua leitura. Ou seja, mesmo pela via de outros princípios jurídicos como a livre apreciação da prova, o livre convencimento motivado e todos os outros que confirmam a cognição do julgador a interpretação e aplicação a causa, será absolutamente inconstitucional.

Entretanto, aqui encontra-se um busílis que carece, cada vez mais, de urgente resolução, a julgar que dia após dia a condição de sobreposição supra descrita pelo conhecimento técnico, se afigura mais alicerçada no universo do direito, mesmo pelo ordenamento.

Nesta linha, atente-se ao sistema de precedentes instituído com o Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 927 e incisos. *Verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.⁴⁹

Segundo a interpretação de uma parcela da doutrina, com essa previsão se vinculou a decisão jurídica a certos instrumentos, sob o auspício do argumento da garantia a maior

⁴⁸ CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares. **A insuficiência da compreensão de direito a partir da regulação: O exemplo do realismo jurídico estadunidense.**

⁴⁹ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Poder Executivo.

segurança jurídica. Ela teve por base uma interpretação distorcida do que é praticado no *common law*, visto que inverteu a noção sobrepondo as normas ao precedente e lembrando que este é de autoria do juiz, ou do tribunal, não do legislador representando a vontade do povo.

A análise aqui não recai sobre a efetividade ou não da garantia, mas sim das mazelas que suas influências hão de trazer no futuro. Tomando-se a base de todo o discorrido acerca dos fatores reais de poder, reconhecido que o juiz está passivo da inserção destes fatores em seu convencimento e que a mídia, como um fator real que é, dirige a opinião pública, inclusive a do julgador, é temerário vincular o provimento jurisdicional ao precedente. Nesta linha se posicionou Lênio Streck, em sua coluna no sítio eletrônico Consultor jurídico. Em letra:

“ Nossa principal objeção ao uso performático do *sistema-de-precedentes* é que no Brasil, diversas vezes, sua utilização esconde o ovo da serpente. Parcela do pensamento processual civil entende que é possível resolver o problema de insegurança jurídica — que é, frise-se, um problema essencialmente qualitativo na prestação jurisdicional, conforme explicamos nos nossos *Comentários ao CPC* (Saraiva, 2016)[2] — mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. E não o contrário. ”⁵⁰

Neste contexto, é importante salientar que a própria legislação processual civil, a altura do art. 15, estende sua aplicabilidade, na ausência de normas próprias que os regulem e não havendo norma incompatível, aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos⁵¹. E, ainda, no processo penal é permitida a mesma aplicação subsidiária.

Diante disto, restando poucos ramos do direito independentes do processo civil e, portanto, absolutamente livres do sistema de precedentes, é acertado sustentar que o direito processual brasileiro se encontra jurisprudencializado por si próprio. E mais, a segurança jurídica do ordenamento também está em risco, tendo em vista que há possibilidade de decisões esdrúxulas, como no HC 126.292 e nas ADC's 43 e 44, a todo momento, onde não se encontrarão resquícios de fundamentação jurídica, mas sim uma linha dirigida pela política, pela moral (dilema moral) e mesmo pela economia.

É nesta guisa que cumpre destacar que atividade da magistratura está vinculada, pois o direito não é um fenômeno inédito, apesar de mutável sua interpretação, está adstrito a elementos muito bem delineados que vem se alicerçando no mundo concreto a muito tempo.

⁵⁰ STRECK, Luiz Lênio. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC ?**. Revista Consultor Jurídico, 18 de agosto de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> > Acesso em 17 de outubro de 2016.

⁵¹ CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares. **A insuficiência da compreensão de direito a partir da regulação: O exemplo do realismo jurídico estadunidense**.

Esta é uma matéria social aplicada que não pode guiar-se pela opinião pública. Sua construção multissecular deve ficar alheia ao que não está entre as fontes do direito e a cognição do julgador sempre voltada aos princípios fundamentais, com neutralidade e responsabilidade. Vendo-se comprometido, que se declare suspeito e não se esconda atrás de princípios outros ligados apenas a sua função.

3.2 A atividade midiática e a possível influência nas decisões Judiciais.

De plano, cumpre destacar que aqui não se logra defender o retorno – ou retrocesso – a censura dos meios de comunicação, tolhendo-se a liberdades que, em outrora, tanto sofreram para alcançar algum espaço na guarida do ordenamento jurídico, com força cogente real.

O que se busca é a aplicação prática dos meios eficazes, segundo a melhor doutrina, para encontrar o melhor remédio que venha a sanar a situação desfavorável em que se encontra o conflito entre alguns princípios constitucionais e o direito à liberdade de imprensa.

Antes adentrar no assunto de maneira pormenorizada, cumpre destacar, mesmo que de maneira brevíssima, certas linhas imprescindíveis para a melhor compreensão do direito ao exercício do poder de mídia e do alcance deste direito. Conforme bem destacou Bruna Rebeca Silva Pedrosa, em sua monografia, também citando a doutrinadora Ana Lúcia Menezes:

“ Entende-se por alguns doutrinadores, que a liberdade de imprensa abarca a liberdade de expressão e a liberdade de informação. A primeira corresponde a um juízo de valor, sendo assim, parcial. Segundo Ana Lúcia Menezes, a liberdade de expressão ‘trata-se, em última análise, do direito que tem cada indivíduo de exteriorizar seu pensamento, tornando-o público e possibilitando aos demais indivíduos o acompanhamento de suas ideias. ’

Não obstante, a liberdade de informação refere-se à divulgação real e fiel dos fatos, caracterizando-se pela imparcialidade”⁵²

Diante disto, não se configuraria nenhuma análise a ser feita, pois restaria esvaziada a discussão, se, todavia, a referida descrição não passasse de mera ilusão, não tendo reflexo prático na realidade. Isto se dá pelo fato de que no exercício do labor das profissões midiáticas, nos dias atuais, não se verifica o cumprimento desta imparcialidade.

Os meios de comunicação, em verdade, desempenhando a atividade que realizam e influenciando ao modo que o fazem na opinião de qualquer cidadão, sem distinção, visam atender objetivos muito específicos com a difusão de informações. Sendo que, tendo o conhecimento técnico de como construir audiência – e aqui não se busca, também, construção de preconceito – podem dirigir a atenção para este ou aquele lado.

⁵² PEDROSA, Bruna Rebeca Silva *apud* VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Tal conduta, apesar de nova uma exposição desta ótica, desde os tempos antigos que é praticada a este modo. Hoje em dia, esta manobra é qualificada pela filosofia moderna como desinformação, que assim se conceitua:

“A maior parte das nossas classes letradas não sabe sequer o que é desinformação. Imagina que é apenas informação falsa para fins gerais de propaganda. Ignora por completo que se trata de ações perfeitamente calculadas em vista de um fim, e que em noventa por cento dos casos esse fim não é influenciar as multidões, mas atingir alvos muito determinados - governantes, grandes empresários, comandos militares - para induzi-los a decisões estratégicas prejudiciais a seus próprios interesses e aos de seu país. A desinformação-propaganda lida apenas com dados políticos ao alcance do povo. A desinformação de alto nível falseia informações especializadas e técnicas de relevância incomparavelmente maior.”⁵³

Visto isto, é necessário passar a apreciar que o direito de exercício livre de imprensa irá encontrar seu termo limitador exatamente na liberdade e nos direitos fundamentais dos cidadãos. A presunção de inocência é figura perfeita deste limite, apesar de não ser a única, visto que a notícia, principalmente a notícia sobre um ilícito, sempre causou comoção no seio social. Verifique-se o que apregoa a Shecaira neste mesmo sentido:

“ Se de um lado temos a livre manifestação de pensamento e plena liberdade de comunicação (independente de censura), conforme o art. 5º, IV e IX da Constituição Federal (LGL\1988\3), encontramos, em contrapartida, o devido processo legal, a presunção de inocência e a proteção da honra e intimidade das pessoas (conforme o art. 5º, X, LIV, LVII da Carta de 1988). ”⁵⁴

Seja por comoção ou mesmo por revolta, o enfoque ou mesmo as palavras que o transmissor da notícia utiliza, representará um marco na vida do acusado. Como bem observou Sergio Shecaira:

“ Os homens não aprendem só formas de conduta, mas também orientações e justificações de seu comportamento a partir de estereótipos sociais, de pré-conceitos. As noções de valor e estilos são ajustadas em face do comportamento que se supõe dominante, uma vez que imagina-se ser esta a postura praticada pela maioria da população. Os meios de comunicação de massas se amoldam a semelhantes noções de valor da opinião pública, mas também os modificam e formam. ”⁵⁵

Evidencia-se, assim, como destacado quando da altura do subcapítulo “Caraterísticas da Presunção de Inocência”, ao citar voto do Min. Celso de Mello que colacionou passagem da melhor doutrina, que a regra de tratamento adstrita ao referido preceito constitucional, está sendo violada.

⁵³ CARVALHO, Olavo. **O que é desinformação?** Sapiientiam Autem Non Vincit Malitia, 17 de março de 2001. Disponível em: < <http://www.olavodecarvalho.org/semana/desinf.htm> >. Acesso em 17 de outubro de 2016.

⁵⁴ SHECARIA. Sérgio Salomão. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas**. Vol. 10, Revista Brasileira de Ciências Criminais. 1995.

⁵⁵ SHECARIA. Sérgio Salomão. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas**. Vol. 10, Revista Brasileira de Ciências Criminais. 1995.

Todavia, construída a situação descrita, não pode o judiciário atuar de ofício, em desfavor da emissora, ou editorial, punindo-lhe. A conduta esperada, principalmente do membro da magistratura que estiver encarregado da condução do processo é que saiba proteger todo o tramite e as pessoas, valendo-se do sigilo necessário.

As decisões neste sentido, apesar de parecerem contrárias ao ordenamento jurídico, estão plenamente embasadas pela norma posta. Não obstante a regra da publicidade dos atos processuais, sendo previstos em lei os casos específicos do trâmite em segredo de justiça, invocar princípios como a celeridade, economia e efetividade processual, bem como a segurança das partes e do processo, não seria equivocada, visto que mediante abusos a melhor solução é buscar guarida no resguardo.

Também não feriria as disposições normativas que garantem liberdade a imprensa, pois, como é de se esperar, uma linha decisória neste sentido, estaria em consonância com a doutrina jurídica que prega que no conflito entre dois princípios fundamentais, ou normas que a este se equiparem – *in casu*, liberdade de expressão e de informação frente a presunção de inocência a razoável duração do processo – um terá que regredir cedendo espaço ao outro. Tem-se como limite a esta regressão o chamado núcleo essencial dos princípios fundamentais, que seria o tanto de intangibilidade do princípio.

Neste Sentido, define Sarlet: são “restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.”⁵⁶

Desta forma, verifica-se que o embasamento legal para o constrangimento do abuso dos meios de comunicação das pessoas inseridas no processo, encontra-se sob o auspício de fontes legítimas do direito. Sendo que defender a posição inversa, nas circunstâncias descritas, se verá como inevitável o descambo a argumentos meta jurídicos ou a inversão de valores de argumentos jurídicos ou mesmo leituras indevidas, conferindo sentido que a norma divergente de seu conceito.

3.3 O esvaziamento do princípio constitucional da presunção de inocência ante um julgamento segundo a voz das ruas

Como já destacado de alhures até aqui, o princípio constitucional da presunção de inocência afigura-se como garantia da ordem democrática na linha que visa promover a

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

proteção de direitos do cidadão, mais comumente o de liberdade, certificando que não será ultrapassada tal linha garantista a menos que seja o momento segundo a previsão do ordenamento.

Todavia, ao levar a discussão ao âmbito do judiciário, se percebe que há um uso, ressalte-se que indevido, da opinião pública como fonte fundamentadora da decisão em um dado sentido ou noutro. Diz-se indevido visto que a opinião do público é construída sob a influência de elementos externos, já descritos aqui como fatores reais de poder, que, no mais, se caracterizam como momentâneos ou passageiros. E nesta guisa, apesar de se poder conferir um sentido diferente do que querem alguns ao precedente, é inegável sua importância, pois fazem parte da construção e alicerce do próprio direito.

Quanto ao risco das referidas influências externas no julgamento, o aposentado juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Ranulfo de Melo Freire, reconheceu:

“País em que é incipiente a formação de uma sociedade de estrutura democrática (34 e 64, antes de exceção, figuram apenas como momentos expressivos de um regime de arbítrio), não é fácil o ministério de julgar. Com o ouvido e a vista empanados de som e imagens (rádio e canal de televisão) pregando o extermínio indiscriminado do marginal, não sei com que armas o meu Tribunal de Alçada Criminal (não só agora, mas desde a geração de juizes que integram o Tribunal de Justiça) pode e pode travar a luta pela consecução do devido processo legal.”⁵⁷

A preocupação é, sem sobra de dúvida, imperiosa, visto que a leitura do princípio de ser presumidamente inocente não se pode conferir a um ponto determinante tão incerto quanto a opinião pública. Esta sequer é fonte do direito.

Aceitar tal entendimento é assumir a responsabilidade pela relativização de alguns conceitos jurídicos de construção histórica. Pois, abrindo a exceção, ainda que tacitamente, mas de maneira clara como aqui está, o mesmo pode ocorrer com outros princípios jurídicos. Por exemplo, o *in dubio pro reo*, que é um princípio decorrente da própria presunção de inocência, como apregoa a melhor doutrina:

“ São princípios consequenciais da presunção de inocência: prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*, favor rei, favor innocentiae, favor libertatis) e imunidade à autoacusação: o primeiro significa que, em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado.”⁵⁸

Ambos logram proteger o cidadão dos abusos de interpretação, ou mesmo de vinganças por parte do Estado.

⁵⁷ SHECARIA, Sérgio Salomão *apud* TORON, Alberto Zacharias. "O indevido processo legal, a ideologia da 'law and order' e a falta de citação do réu preso para o interrogatório". Revista dos Tribunais, n. 685, Nov./92, p. 279

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Todavia, estando *in dubio pro reo* mais ligado com a certeza da autoria do fato, porém assumindo-se que possa relativizá-lo de maneira tão bruta, sem apreciar a limitação que impõe seu núcleo essencial, valendo-se da opinião coletiva como fundamento, esvaiam-se dois princípios de uma vez só.

Tal busílis é mais comum do que aparenta. São inúmeros os casos de cumprimento de diligência processual penal, onde se teve por fulcro a apreciação de uma prova ruim ou mesmo ilícita. Na mesma linha, não raros são os casos de manutenção de prisão com prazo extrapolado para tanto.

Aqui reside a importância medular, contrário *sensu* do que entendeu o Supremo Tribunal Federal, de se manter em liberdade o acusado de crime com pena reconhecida em primeira e segunda instâncias, até o julgamento de recursos extraordinário e especial.

Portanto, a ausência de uma noção principiológica embasada doutrinariamente e de uma criteriologia jurídica quando da decisão judicial, traz o encargo inevitável da injustiça. Não obstante, a situação é ainda pior ao se atentar a ótica de que uma hora o apoio este tipo de conduta por parte do privilégio do convencimento do juiz, pode revolver em desfavor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho buscou-se evidenciar que, apesar do conceito rígido conferido ao princípio fundamental da presunção de inocência, decorrente da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, não logra de real força cogente, como deveria ser, segundo a doutrina, em todas as circunstâncias.

É certo que o princípio da presunção de inocência é de caráter basilar, devendo incidir não só no âmbito criminal, mas também nos julgamentos em outros ramos do universo jurídico.

Apesar de gozar de tão importante posto no sistema constitucional e legal em vigor, se viu que até mesmo entre as barras do guardião maior da Constituição Federal tem sido desrespeitado, sofrendo relativizações que afetam, inclusive, seu núcleo essencial. Destaque-se que esta relativização no Supremo Tribunal Federal, entre outros argumentos, se deu com a apresentação parcial de dados percentuais sobre a efetividade de Recursos Extraordinários, o que se mostrou ponto determinante para a posição do pleno, apesar do vício latente.

Vale ressaltar, que a relativização do preceito se apoia, no mais das vezes, em fundamentos de cunho metajurídico, tendo correspondência com a teoria dos fatores reais de poder, mas que não poderia logra o êxito que obteve, visto que estes fatores, caracterizados pelos meios de comunicação de massa e a moral, elementos presentes de forma tanto implícita quanto explícita nos votos de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, estão informados por objetivos específicos, diversos da realização da justiça segundo o ordenamento jurídico. Desviando-se, assim, o caminhar para um futuro com uma sociedade mais justa.

De importante relevo ainda, nesta linha, foi o destaque a atribuição de força incomum a que ascende o precedente no ordenamento jurídico, sendo que mediante esta mudança e o as relativizações que foram operadas quanto a princípio da presunção de inocência, é direção é para o inevitável esvaziamento deste.

Diante do exposto, a relativização da presunção de inocência sem o uso da doutrina de modo a informar até onde pode fazê-lo sem sacrificar o seu essencial e, portanto, o direito do cidadão, fundando-se na difusão de informação deturpada pelos meios de comunicação se mostra como medida temerária e desajustada.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Poder Executivo.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Poder Executivo.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Poder Executivo.

BRASIL. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. **Código Civil**. Poder Executivo.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Poder Executivo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 68.726. **Sentença condenatória mantida em segundo grau**. Rel. Min. Néri Da Silveira, 28 de junho de 1999. D.j. 20.11.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 84.078. **Inconstitucionalidade da chamada “Execução antecipada da pena”**. Rel. Eros Grau 09 de abril de 2008. D.j. 17/02/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292. **Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segunda jurisdição**. Rel. Min. Teori Zavaski, 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 43 e 44. **Execução provisória da pena**. Rel. Min. Marco Aurélio Melo, 05 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 84.078. **Inconstitucionalidade da chamada “Execução antecipada da pena”**. Rel. Eros Grau 09 de abril de 2008. D.j. 17/02/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas corpus nº 126.292 Pleno, voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 fev.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Poder Executivo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 133.273/SP. **Parcialidade dos jurados ante o exercício da atividade midiática.** Rel. Min. Teori Zavascki, 25 de agosto de 2016. D.j. 29.08.2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8º ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

CANÁRIO, Pedro. **Régua do Supremo não pode ser a voz das ruas, dizem juristas em parecer.** Revista Consultor Jurídico, 16 de junho de 2016. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-adc-43-prisao-antes-transito.pdf> > Acesso em 13 de outubro de 2016.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares. **A insuficiência da compreensão de direito a partir da regulação: O exemplo do realismo jurídico estadunidense.**

CARVALHO, Olavo. **O que é desinformação?** Sapientiam Autem Non Vincit Malitia, 17 de março de 2001. Disponível em: < <http://www.olavodecarvalho.org/semana/desinf.htm> >. Acesso em 17 de outubro de 2016

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** 14º ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

FRANÇA. Assembleia Nacional Constituinte da França Revolucionária. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em < http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadão>. Acessado em: 13 de set. 2016.

FIUZA, Ricardo, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Código Civil Comentado.** 8º ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Ed. safE, 1991.

GOMES. Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência.** Revista dos Tribunais, vol. 729, Doutrinas Essenciais Processo Penal. 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** 9ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6º ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris. 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acessado em: 13 de set. 2016.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEDROSA, Bruna Rebeca Silva *apud* VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10º ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 95 e 29

SHECARIA, Sérgio Salomão. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas**. Vol. 10, Revista Brasileira de Ciências Criminais. 1995.

STRECK, Luiz Lênio. **O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito**. Revista Consultor Jurídico, 19 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>> Acesso em 10 de outubro de 2016.

STRECK, Luiz Lênio. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC ?**. Revista Consultor Jurídico, 18 de agosto de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> > Acesso em 17 de outubro de 2016.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas**. Vol. 10, Revista Brasileira de Ciências Criminais. 1995.

SHECARIA, Sérgio Salomão *apud* TORON, Alberto Zacharias. "**O indevido processo legal, a ideologia da 'law and order' e a falta de citação do réu preso para o interrogatório**". Revista dos Tribunais, n. 685, Nov./92.

STRECK, Luiz Lênio. **O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte**. Revista Consultor Jurídico, 6 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte> > Acesso em 11 de outubro de 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10º ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Luiz Lênio; BREDÁ, Juliano. **O lado oculto dos números da presunção de inocência**. Revista Consultor Jurídico, 13 de junho de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-13/lado-oculto-numeros-presuncao-inocencia> > Acesso em 17 de outubro de 2016.