

A construção midiática de casos criminais pode ofender direitos fundamentais¹

Juarez Tavares²

Geraldo Prado³

Ademar Borges⁴

Os brasileiros acostumaram-se nos últimos anos a acompanhar de perto casos criminais amplamente divulgados pelos mais diversos meios de comunicação. Todos os dias, algum novo escândalo criminal ou uma nova descoberta sobre o escândalo já conhecido chega ao conhecimento do grande público. As capas dos principais jornais e revistas do país passaram a estampar rostos dos investigados ou processados e têm conseguido manter aceso o interesse do consumidor por notícias dos rumos das chamadas operações policiais. A linguagem jornalística passou a operar diariamente com jargões do Direito Penal — colaboração premiada, prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão domiciliar etc. —, e a linguagem jurídica passou a incorporar estratégias de marketing por meio da atribuição de nomes-fantasia para procedimentos criminais — operação “lava jato”, operação isso, operação

¹ Artigo inspirado em recente publicação de semanário de circulação nacional que, na opinião dos autores, ilustra clara hipótese de publicidade opressiva no marco das garantias individuais que deveriam vigorar no âmbito de um processo penal no Estado de Direito.

² Professor titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante na Universidade de Frankfurt am Main, na Universidade de Buenos Aires e na Universidade Pablo D’Olavide (Sevilha). Professor honorário da Universidade de San Martín (Peru). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Subprocurador-geral da República aposentado. Advogado.

³ Mestre e doutor em Direito. Pós-doutor em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal da UFRJ. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁴ Doutorando em Direito Público pela Uerj. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado.

aquilo — de modo a tornar mais atrativas para o público as notícias relacionadas às apurações policiais e judiciais⁵.

A mídia e as instituições envolvidas na apuração de casos criminais criaram uma peculiar sinergia capaz de promover objetivos comuns. As empresas de comunicação precisam vender um produto, e os casos criminais, notadamente quando organizados sob a roupagem estereotipada de grandes escândalos, têm despertado enorme interesse nos consumidores. A polícia e o Ministério Público — e, eventual e surpreendentemente, o próprio Poder Judiciário — angariam apoio difuso precisamente por contarem com a simpatia da população pelo trabalho purificador de “combate ao crime”⁶. Não há dúvida de que o fortíssimo apoio difuso da população ao Ministério Público foi o combustível utilizado pelas forças políticas para rejeitar a proposta de emenda à Constituição que propunha afastar dessa instituição o poder de investigação criminal. Também é certo que esse amplo apoio popular encorajou o Ministério Público Federal a encampar uma campanha midiática dirigida à modificação da legislação brasileira com o objetivo de endurecer o tratamento criminal da corrupção⁷. A Polícia Federal utiliza esse capital político alcançado pelo apoio popular para a postulação no Congresso de mais prerrogativas para suas carreiras. Nesse arranjo sinérgico entre mídia e instituições encarregadas da apuração de casos criminais, todos parecem ganhar: as empresas de comunicação lucram, as instituições ganham apoio popular, e todas elas reforçam as chances de confirmação judicial de suas versões, já que o consistente convencimento da população da veracidade das acusações gera um clima de grave desconfiança em relação ao juiz que, contrariando todas as

⁵ Veja-se, por exemplo, a criação de uma página na rede mundial de computadores pelo Ministério Público Federal voltada especificamente à divulgação de notícias relacionadas a uma determinada investigação criminal (a denominada operação “lava jato”): <http://lavajato.mpf.mp.br>.

⁶ Importante aplicação do conceito de apoio difuso à influência da opinião pública sobre as supremas cortes ver FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

⁷ Também a esse propósito o MPF criou um sítio eletrônico voltado a angariar apoio popular às chamadas dez medidas anticorrupção: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>.

expectativas, decide quaisquer questões em favor do investigado ou do réu. Falta considerar nessa equação o próprio investigado ou réu e o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

Os casos midiáticos têm em comum a permanente tensão entre a tentação do tratamento singular ou especial e a necessidade de que o acusado alvo da cobertura midiática seja processado como todos os demais, em homenagem à cláusula do devido processo legal⁸. A referida tensão sofre significativo incremento quando o caso constitui-se midiaticamente, isto é, na hipótese em que, não tendo relevo de ordinário, a reclamar especial cobertura da comunicação social, o caso é “empurrado” para as pautas da imprensa por iniciativa das autoridades das agências repressivas, que assim objetivam configurar previamente uma determinada hipótese acusatória. Vários estudos têm demonstrado a utilização dessa técnica de constituição dos casos penais via mídia, que, valendo-se do poder de que dispõem os meios de comunicação de “transmitir um esquema unilateral da realidade”, mostram grande capacidade de manipular sentimentos e “diabolizar o outro”⁹.

Para algumas autoridades das agências repressivas, é sedutora a possibilidade de manipular o caso em sua configuração, com a colaboração de setores das empresas de comunicação social, de sorte a criar um “esquema unilateral da realidade”. Anitua destaca o fato de que a constituição do caso penal, por meio

⁸ Da rica bibliografia sobre o tema citam-se algumas obras, bastante elucidativas: ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e Poder Judiciário*. A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ROBINSON, Matthew B. *Media coverage of crime and criminal justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2011; SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra, 2002; SCHENEIDER, Hans Joachim. *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*. Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales. Buenos Aires, v. 12, n.45; ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública*. Un estudio a partir de la publicidad de los juicios penales. Buenos Aires: Del Puerto, 2003; ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011. POZUELO PÉREZ, Laura. *La política criminal mediática: Génesis, desarrollo y costes*. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública*, obra citada, p. 306.

da instrumentalização da comunicação social pelo Estado e seus agentes, buscar a obtenção de “vantagem através da transmissão de sentido”¹⁰. Trata-se de estratégia implementada à margem do devido processo legal e que, na prática, considera a capacidade dos meios de comunicação de criarem na opinião pública um estado de opinião concreto sobre a culpabilidade do suspeito ou acusado. O jogo jogado nesses termos depende mais da “plasticidade” das hipóteses acusatórias que a polícia “deixa vazar” para a imprensa do que da atenção à exigência de veracidade, quer no âmbito das investigações formais da autoridade policial, quer no que concerne aos deveres da própria mídia¹¹.

O aprofundamento do estudo sobre as consequências do fenômeno da construção midiática de casos criminais no campo dos direitos fundamentais do acusado sugere uma reflexão acerca de alguns aspectos relevantes para o debate: (i) a definição de parâmetros mais seguros para a solução do conflito entre o direito à liberdade de expressão (em suas dimensões de liberdade de informação e de imprensa) e os direitos fundamentais do acusado (notadamente o direito à presunção de inocência, ao devido processo legal e à proteção da sua dignidade); (ii) a formulação de estratégias dogmáticas de natureza processual para assegurar a legitimidade do processo criminal em face dos eventuais excessos praticados pelos canais de comunicação (com ou sem a colaboração das instituições incumbidas de fazer a apuração do caso); e (iii) o reforço à legitimidade do caráter contramajoritário da jurisdição criminal, especialmente quando desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, como válvula de escape

¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública*, obra citada, p. 346.

¹¹ Muito embora a doutrina da *actual malice* haja sido concebida para definir os parâmetros da responsabilidade da imprensa em face das consequências da notícia inverídica, a permeabilidade entre a investigação penal e a cobertura midiática de casos revela que a ciência do potencial de “formação da opinião pública” contra o réu, por meio da manipulação dos fatos, inspira práticas ilegais não somente no interior das empresas de comunicação, mas no contexto das próprias investigações policiais. Há um inegável aspecto de recíproca funcionalidade derivada da citada ilegalidade, a beneficiar, de forma indevida, os dois “parceiros” da malícia. Sobre o tema no âmbito da mídia e breve resumo sobre a histórica decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: ABDO, Helena. *Mídia e processo*, obra citada, p. 120-125.

para a proteção de direitos e garantias fundamentais do acusado em tempos de construção midiática da verdade. Este breve ensaio não é o espaço adequado para dar tratamento adequado a cada um desses temas, mas é possível indicar caminhos para a futura discussão.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a preocupação com o respeito aos direitos fundamentais dos acusados em matéria penal não implica a defesa de qualquer forma de controle autoritário dos meios de comunicação. O direito fundamental à liberdade de expressão — titularizado não apenas pelo emissor da mensagem, mas ainda pelos seus destinatários — protege a manifestação de ideais, pensamentos, opiniões, juízos de valor, informações e quaisquer outros, veiculados por todos os meios de comunicação possíveis¹². É certo que o direito fundamental à liberdade de expressão coloca sob proteção constitucional também as manifestações deselegantes, ofensivas e negativas¹³. O problema principal, contudo, está em descortinar os parâmetros normativos da ponderação entre essa liberdade de expressão e os direitos fundamentais do acusado. Isso porque parece consensual que campanhas midiáticas sistemáticas em desfavor do acusado antes do seu julgamento podem resultar em grave prejuízo para a ideia de processo justo, na medida em que têm potencial para enfraquecer — ou mesmo anular — a possibilidade de acolhimento de teses defensivas, pressionar indevidamente magistrados a acolherem em seus julgamentos a versão midiática do caso e até mesmo ofender diretamente a dignidade do acusado, expondo-o de forma degradante e tratando-o como mero objeto para atender interesses coletivos.

A ponderação entre liberdade de expressão e os direitos fundamentais do acusado, nesse contexto em que se discute a construção midiática dos casos criminais, tem sido resolvida, via de regra, com a prevalência absoluta da

¹² Cf. sobre o tema da liberdade de expressão o excelente trabalho de mestrado de Aline Rezende Peres Osório: *O Direito Eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão*, UERJ, Faculdade de Direito, 2015, p. 61.

¹³ OSÓRIO, Aline Rezende Peres. *O Direito Eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão*, UERJ, Faculdade de Direito, 2015, p. 61.

liberdade de expressão. Costuma-se afirmar, a esse propósito, que a liberdade de expressão — mais diretamente relacionada ao princípio democrático — gozaria de posição preferencial no processo ponderativo. Essa posição preferencial, defendida nos mais diferentes quadrantes, implica reconhecer um peso abstrato maior para a liberdade de expressão nas hipóteses de conflito com outros direitos e interesses constitucionais¹⁴. Ocorre que a extensão dessa posição preferencial da liberdade de expressão não possui a mesma feição em todas as democracias contemporâneas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em relação à qual o Brasil está normativamente vinculada por força do Pacto de São José da Costa Rica, “têm afirmado que três categorias de discurso possuem um nível reforçado de proteção, o qual deixaria uma margem muito reduzida para a imposição de restrições. São eles: (i) o discurso político e o debate sobre assuntos de interesse público, (ii) o discurso sobre funcionários públicos no exercício de suas funções ou sobre candidatos a exercer cargos públicos, e (iii) o discurso que expressa um elemento essencial da identidade ou da dignidade pessoais”¹⁵. As manifestações da mídia a propósito de casos criminais envolvendo pessoas comuns — não ocupantes de funções públicas relevantes — não gozam, segundo essa importante orientação jurisprudencial, de posição preferencial e, portanto, não possuem aprioristicamente peso abstrato superior aos direitos fundamentais do acusado. Sem defender qualquer medida de censura dos meios de comunicação, deve-se promover um redirecionamento do debate com o objetivo de (i) reconhecer a responsabilidade jurídica dos emissores de mensagens ofensivas às garantias constitucionais do acusado — considerando, ainda, a possibilidade de incidência horizontal dos direitos fundamentais em matéria penal relativamente à imprensa — e (ii) expurgar definitivamente do cenário nacional a recente e

¹⁴ Além disso, Aline Osório identifica três consequências normativas dessa posição preferencial: (i) a presunção de primazia da liberdade de expressão no caso de colisões; (ii) o abrandamento da presunção de constitucionalidade das medidas restritivas, e, por fim, (iii) a presunção de vedação à censura. Cf. OSÓRIO, Aline Rezende Peres. *O Direito Eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão*, UERJ, Faculdade de Direito, 2015.

¹⁵ OSÓRIO, Aline Rezende Peres. *O Direito Eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão*, UERJ, Faculdade de Direito, 2015, p. 49.

repugnante cultura de ampla divulgação midiática de elementos obtidos de forma ilícita.

De outro lado, parece urgente aprofundar o estudo acerca das estratégias dogmáticas de natureza processual para assegurar a legitimidade do processo criminal em face dos eventuais excessos praticados pelos canais de comunicação. O relevantíssimo trabalho de doutorado de Simone Schreiber, desenvolvido no prestigiado programa de pós-graduação da Uerj, oferece rico material a partir de uma cuidadosa pesquisa de Direito Comparado. A autora defende a ideia de que a publicidade opressiva em matéria criminal pode ser constatada a partir da identificação de alguns elementos essenciais: (i) o conteúdo das notícias possuir caráter predominantemente opinativo, sugerindo ou defendendo abertamente a culpa da pessoa investigada; (ii) a intensidade da campanha, a significar o volume de sucessivas inserções por diferentes veículos que se estendem por um relevante período de tempo; e (iii) a potencialidade de que tais manifestações interfiram na imparcialidade dos juízes e influenciem indevidamente o resultado do julgamento; e (iv) a atualidade do julgamento, ou seja, a publicidade deve ocorrer na pendência das investigações ou do processo criminal propriamente dito¹⁶. E propõe uma série de medidas capazes de solucionar a colisão entre a liberdade de expressão e o direito a um julgamento criminal justo, que vão desde a vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo até a drástica solução da ordem judicial de proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento. Nem a doutrina nem a jurisprudência no Brasil têm desenvolvido critérios normativos claros a propósito de como garantir a higidez do princípio do processo justo em face de eventual publicidade opressiva de casos criminais. Deve-se buscar uma harmonia constitucionalmente adequada entre a liberdade de imprensa e o direito ao julgamento criminal justo e imparcial. Para isso, sem descambar para a censura, convém desenhar soluções processuais capazes de

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

expurgar do processo as tentativas indevidas de influência midiática no âmbito do julgamento do caso criminal.

Por fim, cabe à doutrina reforçar argumentativamente a legitimidade do caráter contramajoritário da jurisdição criminal, especialmente quando desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, como válvula de escape para a proteção de direitos e garantias fundamentais do acusado em tempos de construção midiática da verdade. É corrente entre nós a impressão, confirmada por estudos específicos, de que o STF tem angariado forte apoio difuso a partir do julgamento de casos criminais¹⁷. O capital político conquistado pelo STF no julgamento do caso criminal conhecido nacionalmente como mensalão confere ao tribunal força para tomar decisões contramajoritárias em outros setores. O estoque de decisões que contrariam a opinião pública não tem sido utilizado pelo STF no julgamento de casos criminais¹⁸. Pelo contrário, nesse campo, intrinsecamente exigente de uma contenção racional do poder punitivo — notadamente contra os impulsos punitivistas da maioria agitada pelos meios de comunicação —, o STF parece atuar nos últimos anos de modo a incrementar, por meio de uma atitude mais alinhada às expectativas sociais, esse apoio difuso. Embora o próprio STF tenha atentado recentemente para o importante fenômeno da responsividade das decisões judiciais à opinião pública¹⁹, não há

¹⁷ *Mensalão: diário de um julgamento: Supremo, mídia e opinião pública*. Organizador: Joaquim Falcão. Rio de Janeiro : Elsevier, 2013.

¹⁸ A circunstância de os juízes não contarem com a legitimidade advinda das eleições, para Bickel, faz com que eles tenham que estar sempre atentos ao apoio que recebem da opinião pública — a única fonte de respaldo efetivo para as suas decisões. Nesse sentido, Bickel defendeu em trabalho seminal que o tribunal constitucional possui uma espécie de cota de decisões periódicas que podem desagradar a opinião pública. Cf. BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

¹⁹ No julgamento da ADC 29 sobre a conhecida Lei da Ficha Limpa, o ministro Luiz Fux afirmou: “POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA — mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira —, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a corte constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurgem do contexto social quanto às suas decisões. Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão”.

dúvida de que, se há uma seara em que a jurisdição constitucional deve renunciar ao propósito de alinhamento com a expectativa social difusa, essa seara certamente é o Direito Penal. Nos casos criminais, deve prevalecer a maior distância possível do clamor público, a fim de garantir que a jurisdição seja prestada com imparcialidade e apego superlativo à estrita legalidade. Aqui cabe o STF reafirmar sua condição de instância contramajoritária de proteção aos direitos fundamentais, garantindo o respeito aos direitos fundamentais do acusado em detrimento das expectativas sociais de punição a qualquer custo e das campanhas midiáticas que podem distorcer a compreensão juridicamente adequada das acusações criminais.

O Direito Penal, como de resto — e em diferentes graus — todo o Direito, cede ao império do efêmero²⁰. Em estado de permanente urgência, a promessa de redução de riscos e de diminuição da sensação de medo deles decorrente conduz à construção de soluções rápidas, projetos curtos e constante modificação de normas jurídicas. A urgência que remete ao excepcional converte-se em “modalidade de ação em geral”²¹. A ideia de inquietação face ao risco grave sempre iminente contribui para a generalização do estado de urgência. A sensação gerada por um tal contexto é a de que se vive sempre um permanente estado de exceção, a justificar a cada dia uma nova e drástica medida capaz de controlar o incontrolável. E assim as garantias constitucionais do acusado podem correr grave risco de corrosão. A jurisdição criminal, especialmente quando desempenhada pelo STF, guardião da Constituição, deve resistir à tentação de ampliar seu apoio difuso por meio do alinhamento à opinião pública — geralmente correspondente à opinião publicada —, reafirmando a ideia de que um verdadeiro Estado Democrático de Direito é feito não só de responsividade aos anseios populares, mas também do respeito aos direitos e garantias fundamentais.

²⁰ OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EDUSC, 2005, p. 329.

²¹ OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EDUSC, 2005, p. 332.