UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO PRÓ-REITORIA ACADÊMICA COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO MESTRADO EM DIREITO

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: sua mitigação frente à criminalidade

Luiz Andrey Viana de Oliveira

Luiz Andrey Viana de Oliveira

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

sua mitigação frente à criminalidade

Dissertação apresentada ao Programa de Pósgraduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello

Luiz Andrey Viana de Oliveira

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: sua mitigação frente à criminalidade

Dissertação submetida à comissão examinadora designada pelo colegiado do mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP/PE, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Banca examinadora:
PROF. DRA. MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO (UNICAP) (ORIENTADORA/UNICAP)
PROF. DR. GUSTAVO FERREIRA SANTOS
(TITULAR INTERNO/UNICAP)
PROF. DR. GUSTAVO B M BATISTA
(TITULAR EXTERNO/UFPB-PB)

RECIFE

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por ter me dado força e perseverança para iniciar, caminhar e concluir esta jornada tão trabalhosa, mas extremamente gratificante e realizadora. Agradeço a minha orientadora, Professora Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello, pela paciência, orientação e ensinamentos despendidos, e em nome dela, também agradeço a todo o corpo docente do Mestrado em Direito da UNICAP, bem como a todos os funcionários. Agradeço a minha esposa Luciana Morais, pela compreensão, amor e carinho, estando ao meu lado em todos os momentos da minha vida, bem como a minha cunhada Cynthia pela sua ajuda neste trabalho.

Agradeço a meu pai Gilberto e minha mãe Margarida por sempre me apoiarem, especialmente minha mãe, que é uma grande incentivadora e entusiasta no meu aprofundamento nos estudos.

RESUMO

O objeto de estudo desta dissertação é uma análise quanto à mitigação do princípio da presunção de inocência, quando confrontado com as espécies de criminalidade. Na pesquisa empírica realizada, foram levantados os dados, inicialmente os inquéritos policiais do ano de 2009, na cidade do Recife, relacionada às investigações de crimes contra a administração pública, efetuados pela Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes contra a Administração Pública, e as investigações de crimes de roubo realizados pela Delegacia Especializada de Repressão ao Roubo, analisando posteriormente a transformação destes inquéritos em processos, sendo levantados estes no Tribunal de Justiça de Pernambuco -TJPE em seu site na internet, fazendo uma análise da relação do princípio da presunção de inocência com as medidas cautelares deferidas, o lapso temporal em relação à sentença de primeiro grau, os recursos interpostos, o lapso temporal em relação ao trânsito em julgado, bem como a análise da divulgação pela mídia dos fatos e pessoas investigados, sendo estes dados levantados através de pesquisa na internet pelo Google, tendo como filtro inicial os nomes das pessoas indiciadas. A metodologia utilizada foi a revisão de literatura, além do método estatístico/boleana. A análise qualitativa da pesquisa viabilizou a demonstração da mitigação do citado princípio de forma diferenciada a depender da criminalidade colocada à frente, se grave violenta ou grave não violenta Na revisão de literatura, estuda-se aspectos da verdade e justiça, a construção e desenvolvimento do princípio da presunção de inocência, bem como a utilidade das decisões. Analisa ainda as formas de controle e a atuação dos meios de comunicação, a colisão de direitos fundamentais em relação ao princípio da presunção de inocência, bem como sua ligação com a seletividade em relação à criminalidade e sua relativização face à criminalidade grave violenta e não violenta.

Palavras-Chave: Relativização de Princípios Constitucionais. Princípio da Presunção de Inocência. Colisão de Direitos Fundamentais. Controle e atuação dos meios de comunicações. Seletividade dos delitos. TJPE.

ABSTRACT

The aim of this study dissertation is analyzing on mitigation of the presumption of innocence principle when confronted with types of criminality. In the empirical research, data were initially collected from police inquiry in the year 2009 from Recife city, related to crimes investigations against public administration obtained from Specialized Police Department for Repression Crime against Public administration and the theft crimes investigations recorded by the Specialized Police Department of Theft Repression, analyzing later the evolution of this inquiry during lawsuit, collected from Pernambuco Justice Tribunal (TJPE) site, studying the relation between presumption of innocence principles and protective measures differed, the temporal limits related with the verdict of first degree, the appeals, temporal limits related with the process in judgment, the media divulgation by the facts and investigated persons were informations obtained from google research, doing a initial screening of indicted persons. The literature review and the statistical Boolean/method were applied in the methodology. The research qualitative analysis allowed to demonstrating the mitigation of this principle in a different way, according to the violent grave criminality or not violent grave criminality. The truth and justice aspects, the construction and development of the presumption of innocence principle, as well as the decisions utility were studied in the literature review founded in legal dogmas. The media communication way of control and act, the collision of fundamental rights and the presumption of innocence principle relation, besides the connection of the selectivity criminality and its connection with violent grave criminality and not violent grave criminality are also analyzed.

Keywords: Constitutional principles, innocence presumption principle, fundamental rights collision, act and control of media communication, offense selectivity, TJPE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 SEGURANÇA, JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 1.1 A criação do Direito e a verdade como substrato da justiça	11 11 27 36
2 O EXERCÍCIO DO CONTROLE FACE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ATUAÇÃO DA MÍDIA. 2.1 Formas de controle e os meios de comunicação	43 43 52 62
3ENTRE A DECISÃO JUDICIAL, A NOTÍCIA E A SELETIVIDADE CRIMINAL	74 74 88 93
CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS	97 102

ANEXO

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo efetuar uma análise sobre aspectos do princípio da presunção de inocência, sua relação com a seletividade criminal, bem como a perspectiva da sua adoção de maneira absoluta ou relativa, dependendo do delito, este envolvendo a criminalidade grave violenta e não violenta, as pessoas em questão, bem como da influência transversal ao tema exercido pela mídia e suas consequências sobre tal princípio, além da colisão de direitos fundamentais ligados ao tema central, utilizando-se o princípio da proporcionalidade para dirimir tais conflitos.

O princípio da presunção de inocência é referido no final do século XVIII na Europa em pleno iluminismo, visando romper o sistema processual penal inquisitivo. No Brasil, a primeira constituição a abarcar formalmente tal princípio foi a de 1988, sendo de maneira literal o princípio da não culpabilidade, no entanto interpretado como sendo realmente da presunção de inocência.

Tal princípio, após sua consolidação, posterior evolução e aplicação em vários fatos concretos, aplicando-se precipuamente institutos jurídicos constitucionais, processuais penais e penais, traz este trabalho como problema: a existência do princípio da presunção de inocência no sistema processual penal brasileiro é real ou ficta?

Tendo como hipótese: se for adotado o princípio da presunção de inocência de forma absoluta ou relativa, respectivamente na criminalidade grave não violenta e "invisível" e na criminalidade grave violenta e "visível", somando-se em ambos os casos a atuação da mídia em maior ou menor proporção, então será possível dizer que tal princípio, tanto para os que o indicam como norma basilar constitucional, quanto para os que o indicam como possível argumento jurídico para procrastinar a execução de decisões definitivas e, em alguns casos fomentar em maior ou menor escala a impunidade, apresenta-se no nosso ordenamento jurídico muito mais como uma ficção jurídica.

A existência real ou fictícia do princípio da presunção da inocência reveste-se de complexidade, pois extrapola o âmbito legislativo, executivo e judicial, transbordando para a revelação de suas faces, estando tal assertiva expressamente ligada a sua seletividade criminal, no que tange a sua abordagem sobre a adoção, dependendo de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas do caráter absoluto ou relativo do citado princípio, somando-se a tais situações a atuação

cada vez mais constante da mídia, fomentando e estabelecendo juízos de valores sobre fatos criminalizados e as pessoas ora suspeitas de cometê-los, ora que orbitam em sua periferia.

Substrato desta discussão dar-se-á na análise de cada caso concreto, quando ocorrerem colisão de direitos fundamentais, basicamente o confronto entre o *jus libertatis*, tendo como objetivo nuclear a proteção dos direitos e garantias individuais, referentes a garantia da condição de ter como regra a liberdade quando o individuo estiver sendo investigado e/ou processado criminalmente, e o *jus puniendi*, tendo como premissa a proteção da sociedade, face a perseguição por parte da estrutura estatal em efetuar a condenação do indivíduo que tenha praticado crime. Somando-se a isto, a atuação da mídia, principalmente no que concerne ao direito de imagem versus o direito a livre informação jornalística, quando ocorrerem fatos criminosos e houver a indicação de suspeitos e/ou acusados de tais crimes. Nessas duas esferas, há a necessidade do estudo quanto à adoção do caráter absoluto ou relativo do princípio da presunção de inocência, também em virtude do tipo de criminalidade que cada fato abarcar.

No primeiro capítulo, em seu primeiro item, será abordado o caráter pertinente à segurança das decisões, bem como aspectos do justo no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência face à utilidade das decisões e suas interseções no que tange ao aspecto filosófico e jurídico do conceito de verdade.

No seu segundo item, será feita uma abordagem a trajetória da construção do princípio da presunção de inocência, iniciando-se no final da antiguidade, passando pelos séculos XII a XVIII, com relação aos sistemas processuais, passando por uma análise do princípio do devido processo legal, bem como o surgimento do citado princípio em pleno iluminismo no século XVIII, até ser incluído na Constituição Pátria de 1988, como princípio da não culpabilidade.

No terceiro item, serão feitas abordagens consubstanciado nos sérios problemas que o País enfrenta atualmente no âmbito criminal, fazendo-se um corte especificamente ao cumprimento e efetividade das sentenças penais condenatórias, bem como o grande lapso temporal para ocorrer o trânsito em julgado destas decisões, sendo tais situações fáticas bastante recorrentes, o que pode vir a tornar tais decisões inúteis. Neste contexto, o princípio da presunção de inocência no Brasil, em alguns aspectos, é elevado a dogma constitucional, cláusula pétrea, viga basilar do estado democrático de direito, e visto por outro ângulo pode servir como fundamento para impedir o cumprimento imediato das sentenças penais condenatórias, face à citada demora no trânsito em julgado do processo, consubstanciado nas várias espécies de

recursos que podem ser utilizados, mesmo quando na parte material ficar demonstrado indícios e posteriormente provas cabais fortíssimas, chegando-se muitas vezes a certeza do cometimento do delito pelo indivíduo que está sendo processado criminalmente.

No segundo capítulo, em seu primeiro item, será discorrido sobre as formas de controle e os meios de comunicação, indo desde o exercício do controle pelo poder até as formas mais atuais e cada fez mais dinâmicas e *online* dos meios de comunicação.

No segundo item, será abordado a atuação da imprensa, em suas diversas formas, fazendo-se referências em relação à liberdade de informações jornalísticas, de como a notícia pode ser analisada como sendo de interesse público ou interesse do público, bem como as espécies de jornalismos que mantém uma dialética direta com o princípio da presunção de inocência, tais como: o jornalismo investigativo e o jornalismo popular voltados a cobertura de matérias policias e sobre a criminalidade.

No terceiro item, será feita uma análise da colisão de direitos fundamentais, especialmente referente ao que é pertinente ao princípio da presunção de inocência, pois em virtude da Constituição vigente se apresentar com um caráter analítico e abarcar diversos assuntos, inclusive no que tange a direitos fundamentais e dentro de um contexto fático não é raro a colisão entre estes direitos. Estando tais direitos fundamentais no âmago da Carta Magna, e sendo colocados de maneira abstrata na letra da lei maior, no momento em que ocorre a colisão de tais direitos no caso concreto, é preciso e extremamente essencial a busca de mecanismos técnicos que resolvam tais conflitos, sobretudo no âmbito constitucional, envolvendo o substrato do estado democrático de direito que é a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, quando tais conflitos ocorrem através dos fatos ocorridos, devido a complexidade dos acontecimentos e da natureza humana, diversos interesses podem estar em choque, sendo necessário a utilização do princípio da proporcionalidade, para através da ponderação dos bens que estão em conflito, chegar-se a um bom termo.

No terceiro capítulo, em seu primeiro item, é apresentada a metodologia utilizada, com o objetivo de desenvolver uma pesquisa exploratória, utilizando-se os procedimentos técnicos de pesquisas bibliográfica e estatística/boleana, através do método dedutivo, analisando cada um dos processos objeto da pesquisa, bem como a análise da adoção do caráter absoluto ou relativo do princípio em cada um, confrontando também a repercussão da mídia nos casos concretos, fazendo um contra ponto dos resultados entre os delitos de roubo (criminalidade grave violenta) com os

delitos contra a administração pública (criminalidade grave não violenta). Ainda neste item, mostrará o resultado da motivação deste trabalho, que é a pesquisa que teve como ponto de partida o ano de 2009, na cidade do Recife, referente aos inquéritos policiais com indiciamentos, sendo a Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes contra a Administração Pública, em relação à criminalidade grave não violenta e a Delegacia Especializada de Repressão ao Roubo, em relação à criminalidade grave violenta. Foram analisados 17 (dezessete) inquéritos policiais relativos aos crimes contra a administração pública e 40 (quarenta) inquéritos policiais referentes ao delito de roubo. Dentro dos objetivos desta pesquisa serão analisados os seguintes aspectos: Inquéritos efetivamente transformados em processo, decretação de prisões cautelares, existência de sentença de primeira instância, processos que foram interpostos recursos após julgamento de primeira instância, processos com o trânsito em julgado e inquéritos e/ou processos noticiados pela imprensa, devendo-se considerar o período do ano de 2009, momento em que foram confeccionados inicialmente os inquéritos e o final de 2013, observando-se o estado em que se encontram os processos penais provenientes dos inquéritos policiais e os pontos de interseções em relação ao princípio da presunção de inocência.

No segundo item, será efetuada uma abordagem em relação à seletividade dos delitos face ao princípio da presunção de inocência. No terceiro item, será analisado a forma do princípio ser encarado, seja mais relativizado, ou de modo mais absoluto, a depender ainda da criminalidade que os fatos concretos fazem menção: se grave, violenta e "visível" ou se grave, não violenta e "invisível".

Através da pesquisa a ser realizada espera-se delinear a abrangência do tema, numa análise transversal as garantias e direitos individuais e da coletividade, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, somando-se a tais fatores jurídicos a atuação cada vez mais presente e participativa da mídia frente ao princípio da presunção de inocência, bem como sua existência real ou fictícia face às criminalidades graves violentas e não violentas.

1 SEGURANÇA, JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1 A criação do Direito e a verdade como substrato da justiça

A criação judicial do direito reveste-se de complexidade, pois extrapola o âmbito legislativo, no que concerne a sua atividade típica, podendo ser entendido como a caracterização da criação do direito individual quando demandado judicialmente, ou seja, através da decisão final pondo fim a lide, especificamente para aquele caso em concreto, pois mediante a interpretação do julgador dá-se a subsunção do fato a norma.

Há a possibilidade de desdobramentos para uma maior elasticidade nesta função hermenêutica, concretizando, neste caso, a criação judicial do direito, na possibilidade da decisão de um caso individual extrapolar as fronteiras daquele caso *sub judice*, vinculando tal decisão a outros casos semelhantes aqueles, criando assim normais gerais, principalmente em consequência de uma possível omissão legislativa.¹

O racionalismo no direito tem início no iluminismo, mesmo período do surgimento do princípio da presunção de inocência, na busca e na necessidade do ser humano criar e desenvolver mecanismos de defesa, especialmente aos seus sentimentos que lhes traziam certo desconforto, como por exemplo, o medo. Tem sua matriz em Platão, procurando estabelecer um mundo fundado na verdade, priorizando a transparência. Tem como pressuposto a justificação de pontos de vista, através da retórica e da argumentação. Tinha ainda, um espaço e uma preocupação com a coerência e com a verdade e era essa característica primordial que o diferenciava dos sofistas, pois estes eram adeptos da retórica e da argumentação, porém não tinham compromisso algum com a verdade.²

Em virtude de sua doutrina filosófica, o racionalismo é tratado como paradigma, e conforme Thomas Kuhn:

Onde a formação do paradigma pressupõe a prévia "formação de uma comunidade científica" de praticantes de uma determinada especialidade. Unidos por elementos comuns da respectiva educação e aprendizagem , veem-se a si mesmos e são vistos pelos outros como os responsáveis pela prossecução de um conjunto de objetivos partilhados, incluindo a formação dos sucessores. Tais comunidades são caracterizadas pela relativa abundância de comunicação no interior do grupo e pela relativa unanimidade do juízo

¹ BATISTA, Ovidio. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006,p. 5-7.

² Idem ibdem. p. 5-7.

grupal em matérias profissionais. Numa dimensão notória, os membros de uma dada comunidade terão absorvido a mesma literatura e estruturado conclusões a partir dela. Dado que a atenção de comunidades diferentes se concentra em matérias diferentes, a comunicação entre grupos é provavelmente árdua, muitas vezes origina incompreensão e pode, se prosseguida, criar um desacordo significativo.[...] Por outro lado, só as investigações firmemente enraizadas na tradição científica contemporânea podem quebrar a tradição paradigmática, dando origem a uma nova tradição científica.³

É necessário, para a quebra de um paradigma, uma outra revolução científica para posteriormente a criação de um novo paradigma que assumirá o lugar do anterior, e assim sucessivamente, estimulando a evolução das ideias, as críticas, os debates e neste aspecto uma força propulsora no sentido da busca de inovações científicas, pois apresenta-se como um objetivo subliminar, o incentivo do pensar essencialmente buscando novas concepções visando a evolução da ciência, incentivando o indivíduo e sua comunidade a fomentar novas percepções de caráter científico sobre determinado assunto, tratando-o com a relevância que necessita.⁴

Após a revolução francesa, surgiram três escolas que tratavam do tema segurança e justiça, com repercussões de seus ensinamentos até os dias atuais. A escola do direito livre tinha um compromisso maior com a justiça; a escola da exegese visava interpretar o direito através do colmatação de lacunas, através de um processo de criação, com um compromisso maior com a segurança e a escola da livre investigação científica visava o preenchimento destas lacunas.⁵

O sistema jurídico é composto de normas gerais e individuais, as quais estão interligadas entre si. A criação das normas passa por um procedimento, o qual tem que ser autorizada por outra norma do ordenamento jurídico, devendo em alguns casos tal autorização ser efetuada pela norma maior e fundamental do Estado que é a Constituição.

A criação da norma individual no caso concreto fundamentada em uma norma superior geral poderá ter diversos níveis. A depender do caso em concreto e sua respectiva resolução através da decisão judicial, poderá ocorrer somente à aplicação do direito, mas poderá ir além desta simples subsunção do fato a norma e ocorrer à produção jurídica, a depender da posição do órgão competente que está realizando o ato dentro do sistema jurídico.⁶

Neste entrelaçamento entre criação do direito e aplicação do direito, merece uma ressalva quanto à observância do direito, sendo esta categoria um meio termo entre as duas, ou seja, a

³ KUHN, Thomas. **A Teoria Essencial**, 1977, Lisboa, p.356 e 278 apud BATISTA, Ovidio. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 74.

⁴ BATISTA, Ovidio. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P.28-34.

⁵ Idem ibdem, p.28-41.

⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: ed. LTr, 1996. p. 153-162.

partir do momento da criação do direito positivo, e sua aplicação, apesar de estarem intimamente interligados, há um vácuo entre ambos, que é a observância do direito, onde após a norma positiva já posta e antes do surgimento de qualquer lide, as normas são feitas para serem observadas, e desde que as sejam não há a necessidade da aplicação do direito no caso concreto, em virtude da simples observância das normas no seu modo abstrato, não havendo a necessidade da atuação do poder estatal, em virtude de não haver lide ou delito a ser dirimida ou sancionada em virtude da singela observância ao direito.

Analisando sob outro prisma, encontra-se ainda outro vácuo entre a criação e aplicação do direito, que é não a observância do direito e sim sua inobservância. No entanto, apesar da transgressão de alguma norma, os fatos que a geraram, de alguma forma não conseguem sua aplicação por não ter este fato chegado ao conhecimento do sistema judiciário, seja por diversos fatores ligados o falta de acesso à justiça, ou de forma propositada por aquele indivíduo vislumbrar uma forma alternativa, uma forma paralela não Estatal para resolver seus conflitos que não o sistema judicial chancelado pelo Estado. Especificamente no âmbito penal, os fatos tipificados como criminosos que não chegam ao conhecimento do sistema judicial, nem mesmo em sua fase de persecução penal, não são apurados e consequentemente tal fenômeno acarreta, apesar do descumprimento normativo penal, a impossibilidade de sanção, pois aos olhos do sistema judicial, tais fatos são inexistentes.

O conceito de verdade que integra o pensamento e o raciocínio, se correlacionando com os objetos de forma física, bem como aos fatos que ocorrem rotineiramente, é muito utilizado pelo sistema judiciário, tanto no âmbito cível dentro de seu enorme universo de conjecturas, indo desde os direitos fundamentais da pessoa como honra e imagem, passando pelos contratos e atos ilícitos, tanto no âmbito penal, onde a análise dos fatos, através do conjunto probatório, sob a ótica do julgador irá influenciar num dos direitos fundamentais mais importantes que é a liberdade, pois uma compreensão errônea destes conceitos e fundamentos da verdade relacionada aos fatos e ao material probante, dividirá de maneira bem tênue a retirada da liberdade ou mesmo já a acusação do indivíduo como réu em um processo penal, causando uma grave injustiça. Quanto esta mesma compreensão errônea, por outro lado absolvendo um indivíduo de um delito por ele praticado, e dependendo da sua índole e de seu caráter criminal, recairá tal ônus na sociedade como um todo, fomentando o sentimento de impunidade. Daí a importância essencial e crucial da busca dentro do aspecto filosófico da verdade como essência.

A verdade como evidência também tem larga utilização no sistema judicial, através do direito processual penal, especialmente na primeira fase da persecução penal, que é o inquérito policial, peça investigatória que tem como objetivo apurar a materialidade de um delito, bem como de sua autoria, primordialmente para alicerçar uma possível denúncia do ministério público e posteriormente, através do seu bojo probante substanciar a decisão do julgador somado a toda a instrução criminal com todas as garantias processuais como o contraditório e a ampla defesa.

A evidência tem grande importância para o alcance da verdade plausível, pois tendo início toda esta investigação com pequenas evidências materiais que somadas a outros procedimentos investigatórios vão se avolumando e crescendo tanto no seu aspecto físico como na sua importância, para posteriormente transformar-se em prova robusta que somadas a outras, podem auxiliar de forma decisiva o julgador a chegar a sua concepção interpretativa de sua versão de verdade dos fatos, da forma mais justa possível, pois a oportunidade de colher aquelas evidências logo após o fato, não irá retornar, uma vez perdida esta, jamais terá idêntica oportunidade devido a sua fragilidade inicial e rápida evaporação no aspecto espacial e temporal, se perderá para sempre, impossibilitando resgatar peças importantes neste quebra-cabeça de reconstituição o mais fiel possível da verdade da versão dos fatos ocorridos.

O conceito de verdade como conformidade, tem no filosófico Kant como o mais influente, utilizou a noção de conformidade como critério da própria verdade, sua definição é de correspondência e que o critério consiste na conformidade, com as leis necessárias do entendimento, em caso contrário seria falso. ⁷

O conceito de verdade como coerência surgiu na Inglaterra e nos Estados Unidos, denominando-se movimento idealista, primando à verdade pela coerência, tendo assim níveis de verdades, dependendo da coerência que tenha, aproximando-a ou distanciando-a dela. Tal conceito apresenta-se de forma muito abstrata para ser utilizado no âmbito do sistema judicial, pois não apresenta padrões de concretude que se interligassem entre os fatos ocorridos e as provas produzidas.⁸

No que tange ao conceito de verdade, podemos admiti-la tanto como uma verdade calcada na ciência quanto como uma verdade alicerçada nas próprias sociedades, a depender dos

⁷ KANT, Emmanuel. Da utilidade de uma nova crítica da razão pura: resposta a Eberhard. São Paulo: Hemus, 1975. p. 49-75.

⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um Enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p.52-54.

costumes de cada lugar, dos saberes de cada localidade, bem como ao teor das formas de subjetividade que é dado em cada local.⁹

A verdade, referindo-se as formas jurídicas no âmbito penal, originou-se no inquérito, tendo sua prática política e administrativa na Idade Média como pesquisa da verdade no âmbito processual penal. O inquérito se apresenta como uma forma política, não como conteúdo, mas como forma de saber, uma forma de gestão e de exercício do poder, desaguando posteriormente no poder judiciário com o escopo de autenticar a verdade e de às transmitir, sendo uma forma de saber-poder. Conforme relaciona Foucault: "Foi para saber exatamente quem fez o quê, em que condições e em que momento, que o ocidente elaborou as complexas técnicas do inquérito que puderam, em seguida, ser utilizadas na ordem científica e na ordem da reflexão filosófica."¹⁰

Após o século XIX apareceram novas formas de procurar a verdade, tais como exame, sendo que tais formas de análise da verdade ajudaram a dar origem a diversas ciências, tais como: sociologia, psicologia, e criminologia, sendo tais formas de procura da verdade, de uma maneira ou de outra, se ligavam, seja de maneira direta ou indireta como os controles políticos e sociais de cada época.¹¹

Neste contexto, encontra-se dois eixos fundamentais relativos à verdade das formas, o primeiro se refere à elaboração, a produção dessa verdade, pautada em provas racionais, aplicando sistemas racionais, tais como a filosofia e os sistemas científicos, além do conhecimento por lembranças, através das testemunhas, e em segundo lugar há de se ter como convencer as pessoas, persuadi-las de que toda aquela técnica de produção da verdade, realmente retrata a verdade de como ocorreu os fatos, ou pelo menos o mais próximo de como ocorreu.¹²

A afirmação de que a verdade nunca pertencerá ao poder político e que tal verdade, somente, verdadeiramente só será evidenciada quando em contato direto com os deuses, apresenta-se no ocidente como um mito, ratificada por Platão, onde há antinomia entre saber e poder, pois onde se encontra o primeiro, seria necessário a renuncia do segundo, afirmando que onde se vê conjugado ciência e saber, não haverá mais poder político. No entanto, em campo oposto, Nietzsche inicia uma desconstrução desta assertiva, alegando que em cada saber, por trás

⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau Ed. 2002. p.11-13.

¹⁰ Idem, ibdem,p 11-12.

¹¹ Idem, ibdem,p.12-15.

¹² Idem ibdem,p.54-57.

de todo o conhecimento, na verdade, o que está em jogo e o que se digladia é a busca pelo poder, estando o poder político utilizando-se do saber para o alcance de seus desideratos.¹³

No entanto, sempre ocorrerá divergência, para evidenciar qual destes conceitos de verdade deve ser o mais aceito pelo sistema jurídico, o que gera amplas discussões sobre o tema.

O sistema judicial, tanto no aspecto cível, quanto no aspecto criminal, especialmente nas suas partes processuais, no que tange a coleta de provas para formar o conjunto probatório que subsidiará tanto a atuação do Ministério Público e da defesa, quanto da decisão por parte do Magistrado, tem como seu substrato a busca da verdade processual, e sob uma análise eminentemente pragmática, uma verdade processual "formal" no âmbito cível e uma verdade processual "real" no âmbito penal. O ideal, mas talvez utópico, seria a busca da sempre verdade "real", tanto no âmbito cível quanto no âmbito penal, mesmo entendendo as peculiaridades de cada vertente processual, pois o âmago do processo é servir de caminho, servir como meio, para se chegar ao fim de satisfazer o direito material.

No âmbito cível, é comum a difusão da procura da verdade formal, consubstanciado em direitos particulares disponíveis, havendo uma rigidez um pouco menor em relação à busca das provas, quanto tais não forem produzidas pelas partes e estas não se contraporem em tempo hábil ao alegado pela parte contrária, tendo como verdadeira uma alegação não contestada tempestivamente. Com base em tais pressupostos, é possível a tomada de decisões baseadas em alegações unilaterais, que não foram contestadas tempestivamente, havendo a possibilidade de o julgador formar sua convicção em cima de uma não verdade, ou de uma metade de verdade ou de uma verdade mínima.¹⁴

Conforme aponta Giuseppe Chiovenda

Nem sempre são verdadeiros os fatos que o juiz reputa como tais. A convicção do juiz pode ser o efeito de erro, dolo, provas insuficientes; por vezes, a lei pode, sem mais, prescrever ao juiz que considere como existentes determinados fatos (fatos não contestados, confessados, jurados), dispensando-o de pesquisar se são verdadeiros. Nem só: no interesse da paz social, a lei traça limites à pesquisa da verdade; esgotadas algumas reclamações ou decorridos certos termos, a sentença passa em julgado, torna-se res judicata, Isto é, o bem reconhecido ou negado pela sentença se torna indiscutível, não obstante os erros de fato e de direito que viciaram o raciocínio do juiz. 15

Ressalte-se ainda, a possibilidade na esfera civilista da decisão do julgador, dependendo do caso em concreto, somente se ater a questões de direito, não havendo necessidade e,

¹³ Idem, ibdem,p.21-25.

¹⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 3 Ed. Bahia: Ed. Jus Podium, 2008. v. 2. p.68-71.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998. p.63-64.

consequentemente havendo o descarte de questões de fato. O conceito de verdade como correspondência pode ser tranquilamente aplicado neste contexto.¹⁶

No âmbito penal, há uma variável específica incomum ao âmbito cível em linhas gerais, que é a tipificação penal, através do código penal e leis extravagantes especiais, havendo no processo penal, uma fase anterior que é a fase investigativa, não sendo esta fase legalmente obrigatória ou necessária, por ser vista como um procedimento administrativo, mas observada e vivenciada na prática, apresenta-se como fundamental e imprescindível para a elucidação do crime praticado, pois a finalidade da investigação é a busca da verdade "real" ou pelo menos chegar o mais perto possível, através de evidências, muitas vezes se transformando em provas robustas, as quais não caem ou aparecem como passe de mágica nos gabinetes onde são efetuados os julgamentos, há que serem perseguidas na fase pré-processual investigativa. Neste aspecto, os conceitos de verdade como correspondência também se adéqua como fundamento ao julgador, como também o conceito de verdade como evidência, principalmente na fase pré-processual de investigação que subsidia o conjunto probatório.

No princípio da presunção de inocência, a partir da perseguição da verdade plausível, demonstrada dentro dos autos, através dos elementos probatórios, na prática, às vezes de modo inconsciente, durante a instrução processual a situação do réu não fica inerte com relação a sua condição de presunção de inocência, pois este estado, dependendo do transcurso processual pode se fortalecer ou se enfraquecer, dependendo da robustez que é dado ao conjunto probatório, alicerçado no grau de verdade obtido, devendo-se fazer uma análise da relativização ou não do citado princípio.

A subsunção do fato a norma, apresenta características bastante semelhantes ao conceito de verdade como correspondência. O grande problema a ser dirimido é a busca de instrumentos para trazer as características em toda a sua plenitude do aspecto verdadeiro do fato anteriormente ocorrido.

Por tal motivo, especialmente na seara criminal, há uma evolução paulatina referente à investigação criminal, pautando-se por investir-se na evolução da prova técnica e em instrumentos tecnológicos principalmente de inteligência policial, além de outros métodos investigativos pautados por sua licitude, para chegar o mais perto possível da construção

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v. p. 261-263

processual do fato anteriormente ocorrido, e consequentemente, apresentar a maior clareza possível da verdade da versão dos fatos.

Há uma evolução neste sentido, por vezes não na velocidade que era necessário, mas há de se reconhecer uma evolução na investigação criminal, principalmente, a título exemplificativo, quando se utiliza a investigação na forma de repressão qualificada¹⁷.

Todo este procedimento tem como finalidade precípua buscar descortinar, de maneira mais ampla possível, de como se deu os fatos ocorridos no passado e no presente apurados, com todas suas nuances, características factuais, temporais, materiais, psicológicas dos agentes que participaram do evento, condutas individualizadas dos indivíduos que por ventura estiverem como suspeitos de terem cometido o(s) crime(s) naquele instante, para assim, com todos esses fatores e variáveis esclarecidos de forma plausível, chegar-se o mais próximo da verdade "real" da versão dos fatos, a qual dará a certeza e a convicção de atuação do julgador, que tendo em mãos todos esses elementos poderá fazem com toda a confiança a subsunção dos fatos, apurados com uma maior certeza e precisão, através de sua interpretação a norma legal.

No entanto, muitas vezes, tais esforços não são suficientes para se chegar a este grau de fidedignidade da versão dos fatos ocorridos e no presente apurados, pois para a obtenção de forma absoluta de como precisar em toda sua plenitude a verdadeira concatenação da versão dos fatos ocorridos, seria preciso uma nítida observação "in loco", voltando-se ao passado, no local e período temporal onde aconteceram os fatos investigados, numa espécie de *déjà vu* o que no momento, até onde se sabe, apresenta-se impossível de se realizar deste modo, comprometendo sempre, de alguma forma, a finalidade de se atingir a plenitude da verdade dos fatos em comento no caso concreto.

Ocorre, que em determinadas situações fáticas onde foi possível o registro de imagens do fato ocorrido, é possível trazer dentro de um contexto interpretativo, as imagens reais e em conjunto com outros meios probatórios chegar-se mais perto da verdade "real" da versão dos fatos. No entanto, há que se pagar um preço por tal "vigilância", que é a diminuição da

¹⁷ Tipo de investigação policial que congrega a investigação tradicional, somadas a inteligência policial e ao planejamento operacional, através de uma gestão da investigação. Consiste em uma investigação mais aprofundada e pormenorizada com uma maior duração temporal, tendo como requisitos básicos, uma investigação voltada para atuações de crimes cometidos por quadrilhas e/ou organizações criminosas; utilização de instrumentos tecnológicos e uma doutrina de inteligência policial; imprescindível participação do ministério público e do poder judiciário, além de uma doutrina de planejamento operacional. Tem por objetivo identificar e produzir provas lícitas, de qualidade e robustas da atividade delitiva destes indivíduos, tais como suas qualificações e localizações, modo de agir, individualização criminosa, além da materialidade dos delitos praticados.

intimidade individual em detrimento da segurança coletiva, chegando-se a comparar alguns locais do país que utilizam tal instrumento de forma bastante pulverizada e em larga escala como as transformações destes locais específicos vigiados e monitorados em um autêntico *big brother*.

Em virtude de tais alegações, há que se perguntar, qual o percentual de verdade trazida para o processo que se possa apresentar como aceitável para firmar a certeza e convicção do julgador, já que a verdade absolutamente real se mostra impossível de se chegar?

Talvez seja esta a pergunta que mais angustia não só o julgador, que terá a obrigação de decidir qualquer tipo de demanda que chegue a seu conhecimento, mas também toda a sociedade, pois firmado a concepção de verdade daquele fato pelo julgador, seja em qualquer grau, ou no grau que lhe foi possível naquele caso concreto, e dependendo do grau de verdade ou de inverdade trazida para o bojo do processo, desencadeará desdobramentos que muitas vezes, de forma tênue irá separar a realização da justiça ou da injustiça.

Como os fatos ocorridos no passado que estarão à baila no presente, a pergunta acima não apresentará resposta inconteste de maneira abstrata, pois tal resposta terá que ser perseguida em cada caso concreto, procurando a verdade da versão dos fatos dentro dos conceitos filosóficos apresentados, bem como no aspecto jurídico.

O processo penal inicia-se quando há indícios ou provas suficientes da existência de um delito, bem como da suspeita em determinada(s) pessoa(s), gerando uma suspeição dos fatos que irão se subsumir a norma, que somente irá se dissipar formalmente no decorrer da instrução criminal, trazendo elementos fáticos e de direito para que o Magistrado obtenha a certeza necessária para proferir a sentença, seja esta absolutória ou condenatória.¹⁸

A condenação tem que ter o fundamento da certeza, em caso de persistir a dúvida quanto à autoria ou materialidade, cabe somente à absolvição. Neste contexto a busca da maior proximidade com verdade "real" apresenta-se como substrato deste procedimento, no que tange ao atendimento dos requisitos necessários para o Magistrado ter a certeza de sua decisão.

Conforme Jesus Maria Manzaneda Mejia: "[...] nem a presunção de inocência nem a presunção de culpabilidade deveriam existir como suposto básico do procedimento penal, porque

_

¹⁸ CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p. 135.

o trabalho de apuração judicial tende a consecução da verdade real, sem pré-juízos nem inclinações a favor ou contra o imputado."¹⁹

Deverá ser perseguida cada verdade através das provas coletadas e enviadas para o processo, procurando-se atingir o maior grau possível daquela verdade, aquilatada a cada momento processual pelo magistrado até sua decisão final, com o intuito de estabelecer-se a certeza e convicção na consciência do julgador, o que lhe dará tranquilidade para fazer a adequação do fato a norma, interpretando-a consubstanciado em seus valores técnico-jurídico, bem como, de suas características individuais e humanas, apresentando-se inviável e fantasioso, acreditar-se de forma absoluta a separação total do indivíduo-julgador do indivíduo-pessoa, no que se refere as suas convicções ideológicas, intimas, religiosas, características estas que também irão somar-se aos critérios antes mencionados, objetivando não só decidir aquela demanda individual, mas também trazer segurança ao ordenamento jurídico e a sociedade de forma geral.

Para a busca da verdade, esta não se apresenta de maneira uniforme, não significando dizer que ela não existe, porém apresenta-se inalcançável em toda sua plenitude.²⁰

Nesta esteira, não está como fim específico o desvendamento da verdade "real", pelo processo penal, e sim utilizá-la para fundamentar uma possível absolvição ou condenação do réu, incidindo assim a norma penal.²¹

Para Frederico Marques: "A descoberta da verdade se apresenta, assim, como meio e modo para a reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, consequentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal."²²

Tal verdade não se apresenta completamente clara e incontroversa, sendo necessário um caminho a perseguir, se indagando, investigando consubstanciado nas provas, indícios e presunções que apontem para o direcionamento mais factível dos fatos e elementos probatórios apresentados. Para se atingir um nível de certeza desejado, deverá partir-se inevitavelmente de uma convicção muito forte do grau de verdade que se adquiriu, somando-se tais elementos a inteligência que aglutinará e concluirá pelo caminho a ser seguido, procurando-se afastar o

_

¹⁹ MEIJA, Jesus Maria Manzaneda. **La Presuncion de inocência:um mito**. Anuario Del Instituto de Ciências Penales Y Criminologica.N.2. Universidad Central de Venezuela-Faculdad de Derecho, 1968,p.172-175 apud VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p.60.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de Direito penal e Processo Penal.** Rio de janeiro: Ed Lumen Juris, 2010,p.100-101.

²¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal-volumeI**-Campinas:Bookseller, 1997 .p. 68-69

²² Idem ibdem,p.69.

máximo do medo de errar e aproximar-se ao desejo de acertar, ou seja, tomar a decisão mais correta frente à situação em concreto, trazendo uma sensação de tranquilidade e bem estar.

A evidência procura ver o lado exterior, buscando convicções que a exemplo do procedimento penal só poderão ser adquiridas naquele determinado momento em que o fato estaria ocorrendo ou poucos momentos após, pois caso contrário, haveria uma dificuldade imensa, quase impossível de recuperar a essência daquela evidência inicial.²³

A inteligência, ao contrário da evidência, teria um teor mais interno, íntimo, tendo como finalidade, juntar, aquilatar, agrupar, delinear, dissecar, todos os elementos que lhe foram expostos, para processar todas as informações adquiridas para conseguir chegar, utilizando-se deste dom divino recebido pelos seres humanos, de chegar a uma conclusão de como atuar, de como direcionar uma conduta sobre determinado assunto ou situação a qual é submetido.²⁴

É esta sensação, através deste processo que, em tese, o magistrado deve perseguir ao final da elaboração da sentença, dirimindo o caso em concreto.

No momento em que o julgador vai decidir uma demanda, ele irá fazer uma análise de todo o conjunto probatório, para prolatar uma decisão que colocará termo aquela fase processual. Para atuar deste modo, o magistrado se utilizará de seu livre convencimento, só que motivado, não se podendo ater somente a sua convicção íntima dos fatos, excetuando o julgamento no tribunal do Júri²⁵. No entanto, de um modo geral, o magistrado terá que realizar sua livre convicção fundamentando-a, e para atingir tal intento terá que iniciar tal percurso procurando encontra e delinear de forma mais clara possível o grau maior de verdade que conseguir obter dos fatos ocorridos anteriormente, valendo-se para isto de todo o conjunto probatório que terá a sua disposição dentro do processo.

Se mesmo após percorrer todo este caminho, ainda persistir dúvidas, quando ao direcionamento a seguir, poderá tentar refazer o caminho percorrido na sua mente, procurando preencher algum vazio perdido no decorrer do caminho, ou até, conforme esteja à fase processual naquele momento, reabrir instruções, mandar refazer ou determinar novas provas, dependendo do

²³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um Enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996. p.28-29.

²⁴Idem ibdem, p.29-32.

²⁵ Procedimento processual penal, onde há a presença de dois tipos de magistrados, o juiz togado e o juiz leigo, tendo este a missão de aferir de modo geral a culpabilidade do réu decorrente do fato supostamente criminoso ocorrido, levando-se em conta apenas sua íntima convicção, sem a necessidade de fundamentação jurídica, que só ocorrerá no caso de condenação pela maioria dos juízes leigos, pelo juiz togado, restringindo-se este apenas a realizar a dosimetria da pena.

caso específico em questão, tudo isto para tentar dirimir, o máximo possível dúvidas ou incertezas que ainda estejam presentes, prejudicando a firmação de um convencimento que irá alicerçar a prolatação da sentença.

Após tal análise, o julgador terá que conhecer profundamente todos os elementos processuais para então firmar sua convicção e ter em seu íntimo a certeza de como irá decidir aquele caso concreto da forma mais justa possível, tendo que posicionar-se em uma direção para prolatar a sentença, dirimindo aquele caso em concreto ratificando a segurança jurídica ao sistema jurídico, após sua decisão final transitar em julgado, consolidando a certeza daquele julgamento, estando alicerçado no âmbito bilateral das audiências, analisando todo o conjunto probatório, procurando chegar a uma verdade plausível.

Se for exaurido totalmente os meios e métodos dos quais o Juiz pode se valer para se chegar o mais perto possível da verdade "real", e mesmo assim a duvida persistir na mente do magistrado, caberá somente a absolvição fundamentado na falta de provas robustas para uma sentença condenatória, tendo esta sentença como fundamento a dúvida em favor do réu, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*, divergindo assim de uma sentença absolutória pela certeza da inocência do réu, naquele caso, a duvida é o fundamento essencial daquela sentença absolutória.²⁶

Todo julgador é um ser humano, e assim sendo, um dos maiores problemas na análise e aplicação do direito ao fato concreto é, em muitos casos a dúvida, gerando a incerteza para proferir a decisão, salientando que pelo seu mister constitucional o magistrado não poderá furtarse a decidir uma demanda que chegue a seu conhecimento, mesmo que os fatos não estejam subsidiados por nenhuma norma, aumentando tal complexidade quanto ao âmbito penal, onde a incerteza e a dúvida quanto aos fatos ocorridos, juntos ao conjunto probatório gera a absolvição do réu, através do princípio *in dubio pro reo* e se tal problemática não for aquilatada devidamente, por um lado pode gerar uma sanção indevida e injusta a um inocente ou por outro lado, deixar de aplicar uma sanção ao verdadeiramente culpado, gerando um sentimento de impunidade na sociedade.

No sistema jurídico, para se chegar à certeza da verdade de um determinado posicionamento, terá que passar, necessariamente pelos caminhos anteriormente expostos, ou

_

²⁶ CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil**: **o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p. 141-142.

seja, terá que passar por cada caso em concreto que for acessado no judiciário, pois só analisando o contexto factual e legal é que se poderá se chegar ao resultado final, caracterizando também a segurança jurídica, a qual não permite obter pela norma em seu estado abstrato, sendo neste caso somente um estado em suspenso, estando à espera que fatos se concretizem, para só então poder ocorrer a subsunção deles a norma.

Necessário neste viés, fazer a diferenciação entre segurança jurídica e certeza do direito, sendo tal distinção efetuada por Carlos Aurélio Mota de Souza:

> Segurança é fato, é o direito como factum visível, concreto, que se vê, como a pista de uma rodovia em que se transita, que dá firmeza ao caminhante, para que não se perca nem saia dos limites traçados pela autoridade competente. Certeza é valor, o que vale no Direito, aquilo em que se pode confiar, porque tem validez. O caminhante tem "certeza" quando conhece o caminho, pois sendo visível, ele é também "previsível".²⁷

A segurança como o fato deverá agregar-se com a certeza, no caso em concreto para contribuir de forma decisiva para o equilíbrio do sistema jurídico, pois a certeza com segurança irá transcender aos limites do caso individual, para gerar uma sensação de segurança e certeza coletiva após a decisão final transitada em julgado.

As regras abstratas do direito positivo, logo a partir do momento da sua vigência ficarão a espera da busca por elas pelos indivíduos mediante os acontecimentos factuais e a necessidade de acessarem a justiça mediante as demandas, o qual trará a certeza aos indivíduos que exercerem seus direitos subjetivos.

Para ter-se segurança jurídica, as decisões finais tem que ser acatadas, definindo-se estas como verdades e certeza, embora não em seu caráter juris et jure, pois não há como deixar de lado casos que podem ocorrer, gerando resultados injustos, permeados com premissas não verdadeiras em seu nascedouro ou com interpretações errôneas no momento da adequação do fato a norma, no entanto, o sistema jurídico tem que ter definição quanto aos seus julgados, e indefinições por mais que perdurem durante todo o decorrer do processo, muitas vezes, com duração muito além do razoável, aquela demanda não poderá permanecer eternamente indefinida, tendo que ter um final, que ocorre com o trânsito em julgado da sentença, e que busca-se a transformação deste resultado final em jurisprudência, pois assim poderá direcionar e lastrear outras demandas em que outro caso concreto possa se adequar aquele caso já decidido.

²⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um Enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996. p. 9.

Essencial quanto à busca de decisões justas permeadas pelos conceitos de verdade, certeza, objetivando-se dar segurança ao caso concreto e ao sistema jurídico em geral, a interpretação das normas pelo magistrado assume papel e extrema relevância neste caminho trilhado.

A coisa julgada é a certeza da segurança jurídica, num primeiro momento trazendo segurança "inter partes" através da coisa julgada formal, e posteriormente transcendendo a normatização positiva, tornando certa e segura a decisão transitada em julgado, através da coisa julgada material.

O estabelecimento da justiça e consequentemente o bem comum para toda a sociedade é o objetivo final do direito, tanto explicitado e difundido desde as bancas da universidade no primeiro período da fase acadêmica da graduação em direito. No entanto, ao passar dos anos aprende-se empiricamente que tais objetivos não são tão simples quanto os aprendidos de maneira abstrata nos primeiros anos do curso de direito, apresenta-se ao contrário, com teor de extrema complexidade.

O valor da justiça, embora apresentado de maneira abstrata, encontra-se no âmago da própria busca da verdade e justiça, às vezes até de maneira utópica. A segurança aparece de maneira subsidiária, mas não menos importante ao lado da valoração da justiça, pois aquela é que vai servir de suporte jurídico para a concretização desta.

A complexidade de se chegar a um direito justo, ultrapassa e transcende a normatividade positiva, pois o direito não pode ser entendido no sentido literal da normatização positiva, pois neste caso cairíamos na moldagem absoluta do direito positivo, assumindo uma forma despótica legislativa como no Código Napoleônico ou arbitrário ao extremo como na Alemanha de Hitler, onde nos dois exemplos citados os magistrados eram engessados nas suas decisões, sendo impossível pensar, interpretar a legislação para tentar dar ao caso concreto contornos de justiça.

No ordenamento jurídico existem institutos que evidenciam a existência da segurança, tais como: a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

O exercício da atividade teleológica é fundamental para o julgador concatenar todos os elementos e valores que dispõem para tentar chegar a uma decisão mais justa, certa, célere e segura, buscando sempre a finalidade da norma e não sua interpretação literal, sendo a interpretação teleológica a que mais define este espírito.

O julgador no momento que cria normas individuais "inter partes" realiza sua função típica de dirimir os conflitos que lhe são direcionados, mas no momento que cria normas gerais, entrará em concorrência com o órgão legislativo, que tem como atividade típica sua criação. A modulação de características específicas e estanques de atividades típicas para os poderes judiciário e legislativo, por um lado deixa mais rígida as relações, e por conseguinte mais seguras, mas por outro não fornece flexibilidade. Sendo observado por este prisma, deveria somente efetuar a criação do direito a casos individuais e concretos, ficando a decisão restrita a estes, não tendo o condão de tais fundamentos ultrapassar o *thema decidendum* para ser utilizado em outro caso concreto através da jurisprudência, pois um caso concreto nunca é exatamente igual ao outro. No entanto, a utilização da jurisprudência não visa simplesmente substituir uma decisão de um caso concreto por outro, mas tem como função precípua ser mais um instrumento de apoio ao Magistrado para subsidiar sua decisão, buscando a mais justa possível, fazendo às vezes um pouco as funções de legislador na utilização de uma decisão específica individual, a transformando em normas gerais para utilização em outras demandas.²⁸

Nas palavras de Kelsen:

A teoria, nascida no terreno da common Law anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam direito, é tão unilateral como teoria, nascida no terreno do direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber— em regra--- Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicado o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.²⁹

O objetivo central é conjugar os aspectos positivos de uma e outra teoria, buscando subsidiar com mais elementos o julgador na tarefa de decidir casos concretos.

André Franco Montoro, em sua introdução à ciência do direito, classifica o direito em cinco aspectos: como ciência, objeto da Epistemologia; como justiça, objeto da axiologia jurídica; como Norma, estudado pela dogmática; como faculdade, estudado pela teoria dos direitos subjetivos e como fato social, objeto da Sociologia jurídica.³⁰

²⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um Enfoque Filosófico-Jurídico**. São Paulo: LTr, 1996. p.207-210.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 283.

³⁰ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 21ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.33-61.

O direito vai muito além da sua positivação, pois embora os legisladores tentem abarcar de forma ampla e prognosticar fatos que ocorrerão, através de normas positivadas, tal desiderato apresenta-se impossível, em virtude do dinamismo dos acontecimentos factuais, como também a constante evolução e mutação da sociedade, com mudanças em suas características, aspirações, opiniões, crenças, etc.

Somente o lapso temporal do caminho entre o projeto de uma lei, sua tramitação normal e sua vigência pode ser suficiente para configurá-la já obsoleta, como também se já houver um desdobramento tamanho dos fatos relativos a tal matéria que seu raio de atuação já não abarcaria de forma satisfatória.

Tal fato dá-se também em virtude da rigidez procurada pelos legisladores pátrios, a começar pela Constituição Federal, que de forma analítica tenta abarcar positivamente uma série enorme de assuntos.

Em virtude de tais fatos, ocorre uma corrida legislativa positivista, especialmente no âmbito penal, onde a cada fato ocorrido, tenta-se fabricar, ou emendar uma norma penal, focando de maneira míope somente aquele caso concreto, sem ter o cuidado de observar o sistema penal de maneira global e sistêmica, não observando princípios básicos e essenciais para uma melhor compreensão e aplicação das normas ao caso concreto, como o princípio da proporcionalidade, por exemplo.

Tal multiplicação legislativa depõe contra a segurança jurídica, trazendo grande insegurança jurídica, não somente aos julgadores, mas também a sociedade. A doutrina e a jurisprudência exercem papel fundamental para funcionarem como pontes de equilíbrio, visando proporcionar maior sensação de segurança jurídica.

A importância do aspecto valorativo justo no direito é fundamental para dar segurança às decisões prolatadas pelos magistrados, que serão regras individuais, e através da jurisprudência poderão vir a serem regras gerais, observando-se sempre o bom sendo, nem a robustez legislativa sem interpretação alguma nem o outro extremo. Há de se entender, como exposto anteriormente neste ensaio, que o magistrado é um ser humano tendo convicções e ideologias próprias e estas sem sombra de dúvidas irão somar-se as convicções que terá ao analisar o processo em epígrafe. No entanto, mesmo não podendo separar totalmente tais posições íntimas, é crucial para a valoração do justo, a busca de equilíbrio para que tais posicionamentos não se sobreponham aos demais elementos fáticos e jurídicos do processo em análise.

A busca pelo sentimento do justo transcende as fronteira do direito, indo de encontro à sociedade e seus governantes, passando por um direito básico e essencial da sociedade, inclusive garantido pela nossa constituição: educação de qualidade para todos. O início pela busca do sentimento do justo começa neste patamar.

1.2 A construção do Princípio da Presunção de Inocência

Em matéria penal, era de competência dos Tribunais Eclesiásticos processar e julgar todas as pessoas que praticassem alguma infração contra a religião, como ainda o adultério e a usura. Nesta esteira o Direito Penal Canônico aglutinou conceitos de várias fontes, reescrevendo primordialmente o conceito de pena, seja no conceito público dos romanos, seja no conceito privado dos germanos. Naquela época foi cunhada uma denominação que persiste até os dias atuais, que é a reclusão em celas monásticas, denominadas penitenciárias.³¹

Dentre os sistemas processuais penais a serem analisados são enumerados: sistema acusatório privado, sistema inquisitivo, sistema acusatório público e o sistema misto.

A atuação do sistema acusatório privado ocorreu entre os séculos XII e XIII. Tinha como característica ter uma acusação pública, mas iniciada somente por iniciativa privada, pela própria pessoa ou seu representante. Tal sistema tornava os crimes ocultos de difícil resolução, pois somente se as provas fossem inequívocas, ou se houvesse a confissão haveria uma sentença condenatória. Se houvesse dúvida, a culpabilidade ou a inocência eram aferidas de forma totalmente irracional, recorrendo-se ao sobrenatural ou ao órdálio, sendo este, um teste onde o acusado media sua inocência, através de colocação do braço em água fervente ou ferro em brasa, para citar alguns exemplos, além de duelos judiciais, onde o vencedor era considerado inocente. Também poderia provar a inocência através de um grande número de testemunhas em seu favor.³²

O sistema inquisitivo surgiu em contra ponto ao sistema acusatório privado, sendo aperfeiçoado pelo Direito Canônico nos séculos XVI, XVII e XVIII. Neste sistema o Estado é

³¹WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.188-195.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.43-44.

quem exercia a repressão aos delitos com a iniciativa acusatória e não mais o particular. As funções de acusar e julgar eram efetuadas pelo Estado, através do Juiz, onde este formava sua convicção não em virtude das provas e sim pela sua íntima convicção, o qual tentava se adequar ao processo, não havendo ainda o contraditório e a ampla defesa, tendo as provas valores específicos, sendo a confissão a maior delas. Com isto, a tortura tornou-se um meio comum neste procedimento com o objetivo principal de obter a confissão, a qual suplantava todas as outras espécies de provas.³³

Segundo Antonio Carlos Wolkmer: "A igreja que até então havia condenado esse procedimento, autorizou, através da Bula do Papa Inocêncio IV, em 1252, a adoção da tortura pelos inquisidores nos julgamentos de bruxaria e heresia, o que foi seguido pelos juízes dos Tribunais Seculares." ³⁴

O sistema acusatório iniciou-se na Grécia e Roma, tendo tornado-se conhecido e expandido na Inglaterra e França, sendo hoje adotado em inúmeros países. Tal sistema tem como premissa a divisão dos poderes de acusar, defender e julgar, tornando-o mais equitativo e democrático, amparados pelos princípios do contraditório, ampla defesa e publicidade, além da imparcialidade do juiz e o sistema de provas sendo o do livre convencimento motivado do juiz, onde tais provas são aferidas sem ter um peso já pré-determinado, tendo principal desiderato a ponderação e decisão sobre o contraponto entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu.³⁵

Resta salientar que neste sistema há uma fase preliminar efetuada pela polícia judiciária de maneira inquisitorial e sigilosa, objetivando obter a materialidade do delito e indícios da autoria, para subsidiar o ministério público em uma provável denúncia e também tecnicamente fornecer mais subsídios ao julgador, o qual não poderá absorver as provas somente do inquérito policial, mas analisar sua verossimilhança com as coletadas na instrução processual, observandose os princípios do contraditório e da ampla defesa.

No sistema misto, há uma interferência direta do julgador, chamado de juizado de instrução sendo este, com o auxílio da polícia judiciária quem pratica os atos com finalidade de

³³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.189-190.

³⁴Idem ibdem,p.196.

³⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas:Bookseller, 1997. v. 1. p.70-71.

desvendar a autoria do delito, atuando tanto o julgador na colheita de provas quanto no julgamento em si. Mistura nuance do sistema acusatório privado e do sistema inquisitivo.³⁶

O processo, como atos concatenados que o compõe, assegurando as suas regras, princípios e preceitos, objetiva, através das provas que estão em seu bojo, apurar e tentar chegar o mais próximo possível da verdade de uma determinada versão dos fatos, para que através dos órgãos judiciários competentes ao caso concreto, possa com exatidão solucionar o litígio penal.

No entanto, é mister salientar, dentro de um aspecto filosófico, o alcance do que é a verdade, analisado dentro de seus conceitos, ainda como problema do conhecimento, ou seja, como o homem conhece as coisas e chega a verdade.

A constituição tem em sua essência por um lado os direitos individuais e por outro as garantias constitucionais. O devido processo legal apresenta-se como garantia constitucional essencial para a consecução da utilidade das decisões, pois tem como objetivo servir de base e sustentáculo aos direitos fundamentais, como instrumentos e garantias para a realização daqueles direitos.

O *due process of Law* significa a atividade de agir em sentido amplo, estando efetivamente positivado através de legislação própria, devendo ser imprescindível para a obtenção de seus fins.

Conforme J.J. Gomes Canotilho: "Em rigor, o processo devido seria o complexo de actos situados entre o momento inicial, o juízo de acusação e a sentença condenatória de prisão".³⁷

O devido processo legal abarca em seu âmbito princípios expressos, como o da ampla defesa, como também princípios implícitos, como o da presunção de inocência, tendo como principal objetivo proporcionar a sociedade, através de ações individuais ou coletivas, as diretrizes para a obtenção da legalidade preceituada e do equilíbrio entre os indivíduos que estiverem envolvidos com qualquer espécie de litígio, seja na esfera penal ou cível, tendo cada uma destas suas peculiaridades e especificidades.

Atuando como um sobre princípio, do qual emanam vários, tais como: duplo grau de jurisdição, razoabilidade, juiz e promotor natural, contraditório e ampla defesa, motivação das decisões, publicidade, razoável duração do processo e presunção de inocência, formando um arcabouço legalmente instituído, servindo de anteparo, visando impedir supostas tendências ou

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª ed. Editora Lumes Juris, Rio de Janeiro, 2007. p.50-52.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra-Portugal: Ed. Almedina, 2003. p. 493.

atos concretos revestidos de arbitrariedade de pessoas revestidas de autoridade para agir em determinado caso, de qualquer dos poderes, seja executivo, legislativo ou judiciário. Tem uma amplitude larguíssima, pois todos os direitos fundamentais, se postos em cheque, seja em um caso concreto, seja de forma abstrata, o procedimento elaborado terá que transcorrer dentro e levando em consideração este princípio, além dos que dele irradiam.³⁸

Os princípios da ampla defesa e do contraditório se complementam e decorrem diretamente, de forma explícita do devido processo legal, apresentando-se como a espinha dorsal deste princípio, dando forma e contorno, abarcando um direito fundamental do cidadão, que é o direito de defender-se, no momento que está sendo acusado de algum delito ou de apresentar sua versão em determinada lide civil, bloqueando possíveis arbítrios sem base legal de qualquer autoridade, apresentando um embate dialético das partes, impedindo a existência de tribunais de exceção.

O princípio do contraditório pode se efetivar de maneira imediata, no momento da produção da prova, podendo contestá-la, ou de maneira mediata, não podendo contestá-la imediatamente, mas tendo a oportunidade de ser determinado o momento posterior exato que poderá fazê-lo.

O princípio da ampla defesa propicia ao indivíduo a possibilidade real de produzir dentro do procedimento ou processo os argumentos da sua verdade, tendo inclusive a possibilidade de se manter calado, se assim desejar. Divide-se em autodefesa, momento no qual o indivíduo pode tentar influenciar na formação do convencimento do julgador através de seu depoimento pessoal, bem como de suas atitudes e conduta de forma presencial e a defesa técnica, tendo o direito irrenunciável e indeclinável, especificamente na esfera penal, de estar acompanhada de advogado em todo o transcorrer do processo, para que este profissional, de forma técnica em virtude de sua formação, possa efetuar sua defesa, colocando-se em posição de igualdade com a outra parte também assistida por advogado ou ao ministério público, quando este estiver agindo como domínio litis da ação penal.³⁹

³⁸ BULUS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 568-571.

³⁹ Idem ibdem. p.575-578.

Conforme J.J. Gomes Canotilho: "Dito ainda por outras palavras: *due process* equivale ao processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves." ⁴⁰

Importante à análise da amplitude e duração destes princípios, além do momento histórico em que tais princípios são arguidos e dos bens jurídicos que são submetidos, sob a ótica do individuo ao qual está exercendo esta garantia, bem como frente à sociedade, que em casos primordialmente no âmbito penal, esperam solução justa, segura e dentro da maior celeridade que o processo e a complexidade dos fatos possam ter.

Neste sentido discorre Luiz Guilherme Marinoni:

Para concluir, basta sublinhar que a ampla defesa e o contraditório, na época do direito liberal clássico, eram pensados de maneira rígida, pois constituíam garantias de liberdade contra o arbítrio do juiz, enquanto no Estado contemporâneo assumiram conformação elástica, por terem passado a servir para a modelação de procedimentos adequados à tutela das novas realidades.⁴¹

O surgimento do princípio da presunção de inocência passou por diversas fases, incorporando diversos conceitos de várias tendências e de épocas diversas. Foi construído em uma época onde o arbítrio predominava, e a decisão sobre a culpabilidade de um indivíduo era tomada sem o menor caráter científico ou lógico, ora sendo invocados aspectos sobrenaturais, ora sendo utilizadas técnicas de tortura para obtenção de uma pretensa confissão, para fundamentado nesta ter-se a "certeza" da culpabilidade de um indivíduo.

Neste contexto, em pleno século XVIII, no auge do iluminismo, surge o princípio da presunção de inocência, fortalecendo-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo através do sistema acusatório que se iniciou uma significativa proteção ao estado de inocência do acusado. Tinha como finalidade precípua a necessidade de romper com o sistema processual penal totalmente inquisitivo. Neste sentido de inquisitoriedade na vertente de provas alicerçados em divindades ou cruéis como a tortura. Nesta época, não havia garantias plenas tanto no arcabouço jurídico do sistema processual penal quanto para o acusado do cometimento de delitos, presumindo-o na maioria das vezes como culpado. Posteriormente com a revolução francesa em 1789, surgiu a pedra fundamental dos direitos do homem e do cidadão. 42

_

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra-Portugal: Ed. Almedina, 2003. p. 493.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 37.

⁴² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007. p.23-24.

No momento em que o Estado assume a tipificação de condutas criminosas e a imputação aos seus infratores em processo legalmente legitimado, também se depara com panorama às vezes contraditório, quando se está diante de um caso concreto, que é exercer o *jus puniendi* contra indivíduos que cometem delitos, mas ao mesmo tempo garantir as conquistas históricas em relação ao *jus libertatis* dos indivíduos, pois colocados frete a frente, anulam-se, vez que se houver punição com pena restritiva de liberdade, haverá a exclusão ao direito de liberdade. Portanto, o princípio da ponderação apresenta-se de essencial importância para a resolução, em cada caso concreto desta colisão de direitos fundamentais. Da tensão entre o jus *puniendi* e o *jus libertatis* surge a presunção de inocência, com o intuito de ser mais uma proteção individual contra o poder punitivo do Estado.⁴³

Neste caminho percorrido, passando pelos debates das escolas clássicas italianas: escola clássica, escola positiva e escola técnico-jurídica, pela declaração Internacional dos Direitos do Homem em 1929 em Nova Iorque, posteriormente proclamando as quatro liberdades fundamentais pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt em 1941, seguindo pela Declaração dos Direitos e Deveres Internacionais do Homem, pela Comissão Jurídica Interamericana em 1945, chega-se a Declaração Internacional dos Direitos do Homem em 1948 pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.⁴⁴

Neste percurso histórico, o princípio da presunção de inocência apresenta-se com um triplo significado: Modelo de um processo penal, pois decorreu do extenso debate entre as escolas penais italianas, as quais além de discutir o conteúdo da presunção de inocência, tratavam principalmente sobre o fundamento do processo penal, se de maneira abstrata deveria prevalecer como instrumento de defesa da liberdade individual, prevalecendo assim à presunção de inocência ou a prevalência da sociedade como um todo, diante de delitos praticados pelos imputados/acusados; regra de tratamento, no que concerne a visão de todos frente ao indiciado/imputado/acusado, pois este não poderia ser tratado como culpado antes da sentença definitiva condenatória, limitando o Estado no exercício do *jus puniendi* e regra probatória ou de juízo, impondo a acusação o ônus probante no que concerne a comprovação da culpabilidade do acusado, eximindo-o de efetuar provas quanto a sua inocência, além do benefício da dúvida a seu

⁴³ CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p. 19-24.

⁴⁴ TEIXEIRA, J. H. Meireilles. **Curso de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. p. 653-656.

favor, caso o conjunto probatório não seja suficiente e/ou não convença o Magistrado da culpabilidade do acusado ou caso haja duvidas quanto a esta, invocando *o in dúbio pro reo.*⁴⁵

No Brasil, inicialmente o código de processo penal de 1942, exercia uma prevalente supremacia, no que tange a maior defesa da sociedade, minorando a aceitação da presunção de inocência, embora já ressalvando que a liberdade do acusado deveria ser preservada, porém tendo várias possibilidades para a prisão cautelar, bem como também elencando alguns casos onde se impunha a prisão preventiva de modo obrigatório, atuando como imposição legal e não de maneira cautelar e prudente do Juiz.⁴⁶

Antes da constituição de 1988, os tribunais superiores trilhavam o caminho de fundamentar várias de suas decisões ampliando o alcance do princípio *in dúbio pro reo*, no que concerne a presunção de inocência do indivíduo durante a tramitação do processo penal, acoplando e fortalecendo a junção deste princípio com a ideia do *jus libertatis* individual em confronto com o *jus puniendi* estatal, bem como colocando a restrição daquela garantia individual somente em caráter excepcional e de modo cautelar, com o objetivo de limitar o excesso da privação de liberdade do indivíduo antes de ocorrer o trânsito em julgado do devido processo penal.⁴⁷

Trilhando os acontecimentos políticos e jurídicos, lastreado nos avanços democráticos que assolavam o País, bem como os já consagrados textos internacionais de direitos humanos, tanto Norte Americanos quanto Europeus, impôs ao constituinte nacional a afirmação do princípio da presunção de inocência, através da interpretação mais teleológica do princípio da não culpabilidade.

Neste sentido Antônio Magalhães Gomes Filho: "A presunção de inocência constitui, assim, no Estado de Direito, o pressuposto e o parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal." 48

No ordenamento pátrio, a Carta Magna de 1988 apresentou como novidade o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, impondo que o réu só ostentasse a condição de

⁴⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência**. Fascículos de Ciências Penais. Ano 5.V.5.Jan-Março.1992,p.19.Porto Alegre apud CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p.57-58

 ⁴⁶ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas:Bookseller, 1997. v.1. p.105-106.
 47 CAMARGO, Monica Ovinski. Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p. 214-230.

⁴⁸ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 48.

condenado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ratificando e sendo um prolongamento dos princípios do devido processo legal, do *favor libertatis* e do *in dúbio pro reo.*⁴⁹

Pela primeira vez, na Carta Magna vigente de 1988, traz em seu arcabouço de forma implícita tal princípio, sendo interpretada por alguns doutrinadores como princípio da presunção de inocência.

Dispõe o art. 5°, inc. LVII, da CF: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Melhor é dizer-se que se trata do princípio da não culpabilidade. Por isso, a nossa Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória(art. 5°, LVII) [...] Dessa forma, ao contrário do que já se tem afirmado, não foram revogadas pela norma constitucional citada os dispositivos legais que permitem a prisão provisória. ⁵⁰

Tal entendimento tem evoluído no que tange a existência de uma única tendência à presunção de inocência. Neste aspecto, o investigado e/ou acusado estaria sob um estado jurídico no qual é inocente até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado, retratando assim o princípio da não culpabilidade.

Neste aspecto, a Constituição assegura um reconhecimento do direito a presunção de inocência, como um direito fundamental, de uma pessoa imputada em uma questão penal, pois na maioria das situações processuais que tal princípio é instado, refere-se, primordialmente na posição de maior debilidade que se encontra o réu, sendo esta uma garantia processual básica de todo acusado. Tal garantia visa impedir ideias pré-concebidas a respeito do indiciado/imputado/acusado em relação à apuração em fase de inquérito ou a instrução criminal de um possível delito cometido, garantindo a este informações suficientes do que lhe está sendo imputado, bem como o respeito a um processo legalmente celebrado, garantindo-lhe primordialmente os direitos de não se proferir culpado, de permanecer em silêncio e de não apresentar provas contra si mesmo. ⁵¹

O citado princípio estaria em consonância em relação ao deferimento de prisões cautelares, quais sejam: prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por

⁴⁹ BULUS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.593-596.

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrinni. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1996. p.43.

⁵¹ DIZ, Fernando Martín. **Presunción de inocencia como derecho fundamental en el âmbito de La unión Europea**. Revista Europea de Derechos Fundamentales. n. 18. 2º Semestre, 2011. p. 137-157.

sentença de pronúncia e prisão condenatória recorrível, sendo essencial neste aspecto a concepção na forma relativizada deste princípio, ressaltando-se o caráter apenas cautelar de tais prisões e não como um início de cumprimento da pena.⁵²

No entanto, o princípio da presunção de inocência, a partir da perseguição da verdade, através dos elementos probatórios, durante a instrução processual a situação do réu não fica inerte com relação a sua presunção de inocência, pois este estado, sendo tratado de forma relativa e não absoluta, o que já ocorre no Brasil, quando se depara com um decreto de prisão provisória, há a possibilidade de no decorrer da tramitação do processo criminal, tal princípio se enfraquecer ou se fortalecer em cada caso concreto, dependendo da maior robustez ou maior fragilidade dados aos elementos do conjunto probatórios elencados no caso concreto, alicerçado no grau de verdade obtido, onde na primeira hipótese estaria mais propenso a caminhar para uma sentença condenatória, enquanto na segunda hipótese estaria mais propenso para o desfecho de uma sentença absolutória.

O termo presunção de inocência, entendido de maneira literal e inequívoca, levaria à proibição de investigações sobre suspeitos de praticarem delitos, bem como a culpabilidade de indivíduos processados criminalmente, e ainda como a impossibilidade de qualquer decretação de medida cautelar que restringisse a liberdade. Por isto é que tal princípio não se apresenta nem pode ser encarado de modo absoluto, pois deve estar em consonância com outros princípios e garantias constitucionais, devendo a relativização ser aplicada em determinados momentos, pois não há direitos absolutos no ordenamento jurídico, nem mesmo o direito a vida que irradia todos os demais, sendo a relativização do princípio da presunção de inocência necessária em determinadas situações para não tolher a investigação criminal, o próprio processo criminal, tendo consequências na garantia da sociedade, na visão da segurança pública.

Conforme Renato Barão Varalda:

A interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser feita em harmonia com os demais dispositivos constitucionais, em especial, os que declinam às questões de justiça repressiva. Desse modo, a validez do decreto da prisão preventiva decorre de sua efetiva motivação expressa da operação dedutiva realizada acerca do estabelecido dos fatos considerados pelo órgão judicial como "indícios razoáveis de culpabilidade"(juízo de probabilidade racionalmente fundado em um conjunto de indícios), o que

⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.42-43.

descaracteriza uma arbitrariedade em face da consequente vulnerabilidade do direito à tutela judicial da presunção de inocência.⁵³

O direito a presunção de inocência nasce no momento em que é feita uma imputação formal ou informal de uma conduta relevante no âmbito penal a uma pessoa, geralmente efetuada no âmbito de polícia judiciária, e acaba quando o órgão jurisdicional competente para análise do caso em concreto declara a culpabilidade daquele indivíduo, em primeiro e segundo graus, ou no âmbito de tribunais superiores, desde que ocorra o trânsito em julgado da decisão.⁵⁴

1.3 A Utilidade das decisões e o Princípio da presunção de inocência.

Na análise das garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, faz-se necessário, preliminarmente efetuar uma reflexão no que concerne aos deveres fundamentais dos indivíduos, estando estes em uma verdadeira face oculta dos direitos fundamentais.

Neste sentido José Casalta Nabais:

E todavia, eu proponho-me falar-vos dos deveres e dos custos dos direitos, da face oculta do estatuto constitucional do indivíduo. Face oculta que, como a face da lua, não obstante não se vê, é absolutamente necessária para a compreensão correta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem.⁵⁵

Em um primeiro momento é necessário não se esquecer dos deveres, não desprezá-los, principalmente quando é confrontado atenção destes com os direitos fundamentais, seja pela doutrina, jurisprudência ou pela própria academia, pois neste sentido Norberto Bobbio chamou "a idade dos direitos", ⁵⁶ tendo esta idade iniciado com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, em 26 de Agosto de 1789.

Tal ocorreu, bastante em virtude da tentativa de consolidação de regimes constitucionais democráticos, visando opor-se de modo eficaz contra tentativas de regresso de regimes totalitários ou autoritários.

⁵³ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed.,2007. p.67.

⁵⁴DIZ, Fernando Martín. **Presunción de inocencia como derecho fundamental en el âmbito de La unión Europea**. Revista Europea de Derechos Fundamentales, n. 18. 2° Semestre, 2011. p. 163-165.

⁵⁵ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e custos do direito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 5, nº. 20, outubro de 2007. p.1Disponível em: HTTP://www.ufsc.br/sites/default/files.Acesso em 25/01/2014.

⁵⁶ Idem, ibdem. p. 2

Os deveres fundamentais caracterizam-se por categorias autônomas, tendo como seu fundamento a expressão da dignidade da pessoa humana, caracterizada na concepção da soberania do Estado, sendo estes, ao contrário do que ocorre com os direitos fundamentais, no sentido amplo, a criação do legislador constituinte, quando os direitos são objetos de reconhecimentos. Tais deveres fundamentais tem seu fundamento jurídico na sua previsão constitucional, ficando estes como uma espécie de lista fechada, pois tem que figura de maneira expressa, na constituição, estando no rol como seus princípios: da universalidade, da igualdade enquanto proibição ao arbítrio, da proporcionalidade, da aplicabilidade aos estrangeiros e apátridas e da tutela judicial. Neste sentido, ao contrário dos direitos fundamentais, o destinatário imediato dos deveres fundamentais constitucionais é o legislador ordinário, pois tais deveres não se operam diretamente, mas indiretamente, por intermédio da lei, a qual os dá concretude e disciplinamento.⁵⁷

Neste contexto, é necessária uma adequada, mas nem sempre fácil e visível percepção tanto dos deveres fundamentais quanto dos direitos fundamentais, pois muitas vezes, no caso concreto ocorre não somente colisão de direitos fundamentais, como também a colisão de direitos e deveres fundamentais, pois a invocação do primeiro tem que obedecer o pressuposto da observância de seu próprios deveres fundamentais, o que se reflete na efetividade das decisões judiciais, no qual o tempo, somado a necessidade da segurança jurídica apresenta-se como o substrato da complexa obtenção de justiça.

Nas palavras de Giuseppe Chiovenda:

Enfim, se por "justa" composição se entende a que é conforme a lei, resolve-se na atuação da vontade da lei; se porém, se entende uma composição qualquer que seja, contanto que ponha termo à lide, deve-se radicalmente repudiar uma doutrina que volveria o processo moderno, inteiramente inspirado em alto ideal de justiça, ao processo embrionário dos tempos primitivos, só concebido para impor a paz, a todo custo, aos litigantes. ⁵⁸

O objetivo central da utilidade ou efetividade das decisões é alterar a vida das pessoas de maneira significativa através do processo civil ou penal, modificando o *status quo* anterior ao início da demanda, restabelecendo o equilíbrio e trazendo um resultado justo, harmonizando uma situação anteriormente instável e beligerante.

Conforme Cândido Rangel Dinamarco:

--

⁵⁷ Idem, ibdem. p. 5

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998. p. 67.

Para isso, em primeiro lugar é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos titulares de direitos reconhecidos pelo juiz (e, aqui é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas.⁵⁹

Atualmente se observa no País sérios problemas no âmbito criminal, e o corte a ser dado aqui é especificamente concernente ao cumprimento e consequente efetividade das sentenças penais condenatórias, bem como o grande lapso temporal, em muitos casos, para ocorrer o trânsito em julgado destas decisões, sendo tais situações fáticas bastante recorrentes, o que pode vir a tornar tais decisões inúteis.

Neste diapasão, o princípio da presunção de inocência no Brasil, anteriormente citado, em alguns aspectos é elevado a dogma constitucional, cláusula pétrea, viga basilar do estado democrático de direito, e visto por outro ângulo, pode servir de fundamento para impedir o cumprimento imediato das sentenças penais condenatórias, em virtude da já citada demora no trânsito em julgado do processo, consubstanciado nas várias espécies de recursos que podem ser utilizados no ordenamento processual penal pátrio, mesmo quando na parte material ficar demonstrado indícios e posteriormente provas cabais fortíssimas, chegando-se, muitas vezes, a certeza do cometimento do delito pelo indivíduo que está sendo processado criminalmente.

A excessiva duração dos processos penais traz consequências colaterais, provocando uma dilação temporal tamanha, resultando muitas vezes, a transformação da prisão cautelar, em alguns aspectos deferida em razão da urgência do cerceamento de liberdade do indivíduo em razão de sua periculosidade ou da gravidade excessiva do delito supostamente praticado, mesmo que no caso concreto não estejam atendidos de maneira clara os requisitos processuais, em verdadeira sentença condenatória; a transformação da concessão de liberdade provisória em verdadeira absolvição, em virtude da certeza e excessiva demora para a conclusão do processo, bem como as várias artimanhas autos e extra autos de procrastinação.⁶⁰

Isto ocorre, além de outros fatores, em virtude dos inúmeros recursos, muitos deles efetuados com intuito eminentemente protelatório, pois hoje na prática, existem quatro instâncias de julgamentos no ordenamento jurídico brasileiro, propensas a analisar o caso em concreto, quais sejam: a primeira e segunda instância, o STJ e o STF, congestionando demasiadamente os

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo** Ed. Malheiros, 2009. p.352

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul, 1927. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro:Revan, 1991. p.27-29.

tribunais superiores, aumentando enormemente o lapso temporal entre o início do processo e seu término definitivo.

Tal demora, somadas a prazos prescricionais exíguos, pode tornar inviável e às vezes impossível à resposta do Estado a ações criminosas, especialmente no que concerne a criminalidade grave violenta, ou seja, a criminalidade visível e a criminalidade grave não diretamente violenta ou os chamados crimes de colarinho branco, ou seja, a criminalidade invisível, sendo tais crimes tão ou mais graves quanto os citados anteriormente, repercutindo de forma indireta no aumento nos delitos violentos e impactando de forma extremamente negativa e nociva na sociedade.

Em linhas gerais, países como Portugal, Espanha, Inglaterra, França, Alemanha e Estados Unidos, com grande tradição na defesa dos direitos fundamentais, adotam o princípio da presunção de inocência, e mesmo assim não o enxergam como óbice para a execução provisória de sentença penal condenatória, pois o acolhimento ao citado princípio não significa a necessidade de que se esgotem todas as possibilidades de recursos para que se inicie a execução da pena.⁶¹

Prevalece atualmente no STF, a tese que a prisão-pena antes da sentença condenatória contraria frontalmente o princípio da presunção de inocência, tendo sido até o momento, vencida a tese que nos tribunais superiores estaria esgotado a matéria fática e não teriam os recursos efeitos suspensivo. Ao contrário deste entendimento apresentam-se os ex Ministros do STF Menezes Direito e Ellen Gracie, sustentando ambos que também consubstanciados na Convenção Americana de Direitos Humanos, não asseguraria o direito absoluto de recorrer em liberdade, em virtude das quatro instâncias de fato que existem no ordenamento judiciário brasileiro, criticando as inúmeras vias recursais, citando ainda os países acima elencados que admitem o início imediato do cumprimento da sentença após decisão do segundo grau.⁶²

É de se ressaltar que cada País terá que encontrar caminhos para enfrentar um dos fomentos da criminalidade, que é a sensação de impunidade daqueles casos concretos que se arrastam por anos até uma solução final. No entanto, os países citados acima, de uma forma geral, com sensação de impunidade bem abaixo dos padrões nacionais, optaram por cumprir de forma

⁶¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Woorkshop organizado pela 2ª câmara criminal do MPF sobre os panoramas da execução provisória nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. São Paulo: MPF, 2009. Disponível em: http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/167/2/. Acesso em 27/05/2012.

⁶² MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal.** 2ª Ed. Sãp Paulo: Atlas, 2012. p.52-53.

imediata, após o trâmite legal e respeitando as garantias constitucionais pertinentes a espécie, as decisões penais condenatórias, sem tê-las que ratificar tais decisões aos tribunais superiores.

Num estado democrático de direito, qual o alcance e até onde vai à ampla defesa e sua amplitude? Tal pergunta é essencial para se delimitar a linha tênue entre as garantias constitucionais do indivíduo e as garantias constitucionais da sociedade.

O princípio da ampla defesa tem que ser observado de modo intransigente até o final do processo. No entanto não pode ter duração ilimitada e ser encarado de maneira absoluta, sendo obstáculo para o cumprimento da execução de sentença penal condenatória, quando para se atingir tal estágio, o processo já percorreu todo seu trâmite normal de primeira e segunda instância, resguardados com todas as garantias constitucionais, tais como a observância do contraditório e da ampla defesa, do ônus da prova da acusação e do princípio *in dúbio pro reo*.

A adoção da ampla defesa com horizonte e lapso temporal ilimitado, além do princípio da presunção de inocência encarado de forma absoluta, vai de encontro ao direcionamento mundial dos países referidos neste trabalho, pois naqueles países, embora se tenha todas as garantias constitucionais acima citadas, não é necessário esperar o esgotamento de todos os recursos em sede de tribunais superiores, para dar início à execução de sentença penal condenatória.

Aponta-se como consequência imediata e automática do preceito o princípio da celeridade processual, por infringir a morosidade da Justiça ao acusado uma restrição, suspensão e negação de determinados direitos, com ocorrência de sérios danos, no seio social, na colheita da prova, entre outros. Assim, o prolongamento indefinido do tempo do processo destrói o conteúdo essencial e útil do princípio da presunção de inocência, esvaziando o seu conteúdo e obstaculizando a realização material do princípio constitucional da ampla defesa.⁶³

Necessário ainda a análise sobre a atuação da defesa do réu, tendo que ser avaliado sua condição financeira, bem como da defesa privada ou publica que irá representá-lo. Apesar de advocacia pública ter excelentes profissionais em seus quadros em todo Brasil, o quantitativo não é suficiente para a demanda que existe. Apesar da advocacia privada dos réus não ser garantia de sucesso e qualidade profissional em sua demanda, é inconteste que tal situação dará um aspecto de maior exclusividade na defesa de sua causa. Importante ainda a análise tanto do réu quanto de seus causídicos nas hipóteses de um longo período de cerceamento de liberdade em razão de

_

⁶³ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p.41-44.

prisão provisória, o que acarretaria em alguns casos, na prática, ser mais vantajoso não recorrer a outra instância superior em razão de benefícios que o réu já teria em razão do lapso temporal privativo de liberdade. Neste caso, embora possa ser mais vantajoso para o réu, dependendo do caso em concreto, reforçará o caráter mais formal e consequentemente mais fictício do princípio da presunção de inocência, desta feita, chancelado formalmente pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em razão da Carta Magna vigente ter um caráter analítico, abrangendo uma infinidade de situações que em tese poderiam chegar em último grau para serem decididas no STF, o que se caracteriza na prática processual atual. Tal fato acarreta um acúmulo de demandas remetidas aos tribunais superiores, inclusive ao STF, congestionando-os além de abrir posicionamentos divergentes no que concerne a imediata execução de sentenças penais condenatórias, pois a interpretação de modo absoluto do princípio da presunção de inocência, vislumbra a necessidade do exaurimento de todas as instâncias processuais, inclusive do STF, se o caso concreto o atingir, para ocorrer o trânsito em julgado da decisão, e só assim dar início à execução de sentença penal condenatória prolatada em primeira e ratificada em segunda instancia.

Encontra-se em tramitação no Senado Federal a proposta de emenda constitucional número 15/2011, também conhecida como PEC dos recursos, tendo como um dos seus maiores defensores o ex Ministro do STF Cézar Peluso, propondo, em síntese, uma análise visando à antecipação do trânsito em julgado para o segundo grau de jurisdição, com uma possível extinção dos recursos especial, relativo ao STJ e extraordinário, relativo ao STF, com o surgimento de ações rescisórias autônomas.⁶⁴

Observando-se por um prisma, a negação da efetividade dos efeitos das sentenças penais condenatórias pode acarretar uma fragilidade no poder judiciário e do sistema criminal como um todo, sendo extremamente necessária a observância das garantias constitucionais individuais, sem deixar de lado as garantias constitucionais da sociedade de maneira global.

Atingir patamares aceitáveis à criminalidade, seja a grave violenta ou a grave não violenta, transcende ao sistema criminal, tendo causas e fatores multidisciplinares, sendo aquele uma das peças da engrenagem que deve estar azeitada para harmonizar a celeridade processual, a justiça das decisões, a efetividade das decisões, consolidado através da segurança jurídica, num

_

⁶⁴ BRASIL.Senado Federal. **Proposta de emenda constitucional nº 15/2011**. Brasília:DSF, 2011. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/matéria/detalhes.asp?p_cod_mate=99758. Acesso em: 02/06/2012.

contexto que abranja tanto os direitos fundamentais individuais do indiciado/acusado quanto os de proteção da sociedade, para que seja somado a outros fatores que interferem na criminalidade (lato senso) visando o bem comum de toda a coletividade, fim primordial do direito.

2 O EXERCÍCIO DO CONTROLE FACE O PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ATUAÇÃO DA MÍDIA

2.1 Formas de Controle e os meios de comunicação

O controle, em várias situações, está ligado ao poder, controlar, isto em diversas situações e desta forma há um entrelaçamento entre guerra e poder, especialmente no tema ora proposto, onde vivenciamos vários tipos de "guerras", sejam elas: guerra contra a criminalidade, a insegurança, contra as drogas, a concorrência, comercial, de audiência, etc.

No âmbito de guerra e poder, este se apresenta como gênero e aquele como espécie. A guerra vislumbrando em seu sentido amplo é um dos caminhos para se chegar ao poder, e podemos citar diversos tipos de "guerra" e não aquela tradicionalmente bélica. A "guerra" intelectual, acadêmica, política, ideológica, jurídica etc. Todas estas espécies dentro de suas respectivas expertises demonstram um enfrentamento entre pessoas e entre ideias, buscando o conhecimento, objetivando uma preponderância para agregar e atingir o poder.⁶⁵

E este processo é bastante dinâmico, sendo um de seus propulsores a produção, apresentação e repasse da verdade, dentro do contexto dos vários ramos acima citados, lembrando como foram expostos anteriormente os vários conceitos de verdade que podem ajudar nesta construção e convencimento, acrescentando-se ainda seus vários discursos ideológicos.

Conforme preceitua Michel Foucault sobre o tema:

O poder não para de questionar, de nos questionar; não para de inquirir, de registrar; ele institucionaliza a busca da verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa. Temos de produzir a verdade como, afinal de contas, temos de produzir riquezas, e temos de produzir a verdade para poder produzir riquezas. E, por outro lado, somos igualmente submetidos a verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder. 66

Dentro deste exercício do poder, encontra-se inevitavelmente, consciente ou inconscientemente a busca pela dominação como forma de proteger e perpetuar o poder, dentro de cada limite dentre as situações fáticas e dependendo de seus determinados tipos. Para alcançar

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade: curso no Collége de France** (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999. (coleção tópicos).p.27-31.

⁶⁶ Idem ibdem, p. 29.

tal desiderato, este poder tem que ser ou ao menos apresentar-se revestido de legitimação mediante os demais, para uma convivência harmônica, com a finalidade de que aquele poder seja obedecido.67

A soberania, de certa forma está interligada com uma espécie de poder. No entanto soberania está muito mais vinculado a coisas físicas, materiais, palpáveis, espécies de circulação de riquezas do que propriamente com dominação de pessoas e de suas mentes, relações que se aproximam muito mais da necessidade de dominação para a busca ou manutenção do estado de poder.

Ainda segundo Foucault:

A teoria da soberania é, se vocês quiserem, o que permite fundamentar o poder absoluto no dispêndio absoluto do poder, e não calcular o poder com o mínimo de dispêndio e o máximo de eficácia. Esse novo poder, que já não é, pois, de modo algum transcritível nos termos de soberania, é, acho eu, uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele foi um dos instrumentos fundamentais da implantação do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correlativo.⁶⁸

A atuação cada vez mais on line dos meios de comunicação, bem como a evolução tecnológica, utilizando-se desta tanto para a captação da notícia quanto para sua transmissão, salientando tanto os meios de comunicações formais quanto os informais, está fazendo com que a velocidade do que é noticiado e do conhecimento do público fique cada vez mais instantâneo, ampliando também, as diversas formas de controle exercido pela mídia.

Tal controle pode se manifestar apresentando os fatos ocorridos a população, prestando um verdadeiro serviço de utilidade pública, caracterizando o atual estado democrático de direito que vivemos, prezando-se ao máximo a liberdade de imprensa, bem como a liberdade de pensamento. É de se salientar que tais direitos fundamentais, tal quais os demais, não se apresentam de forma absoluta, devendo ser ponderado dependendo do caso concreto, o que será analisado mais detidamente no item da colisão de direitos fundamentais.

Manifesta-se ainda tal controle, muitas vezes de maneira subliminar, ora como um exercício de verdadeira vigilância, ora como uma tendência a um direcionamento conforme interpretações dos fatos voltados a interesses meramente comerciais, muitas vezes transgredindo direitos fundamentais, quando não existe nenhum conflito com nenhum outro, confundindo de

⁶⁸Idem ibdem,p.43.

⁶⁷Idem ibdem, p.40-43.

maneira intencional, o interesse do público, com intenção meramente comercial e lucrativa, com o interesse público, neste caso aquele se sobrepondo sobre este de modo errôneo.

Quando do cometimento de um delito, principalmente quando tratamos da criminalidade grave violenta⁶⁹ ou da criminalidade grave não violenta⁷⁰, tem-se como ideário da justiça uma persecução célere, com relação a tramitação da investigação policial, bem como a instrução criminal, contundente, com relação as provas carreatas aos autos e segura, para que com tais elementos os Magistrados de primeira instância, bem como os Tribunais Superiores possam atuar com segurança, aplicando a dosimetria da pena, bem como determinando seu cumprimento.

Neste sentido, o delito sendo investigado o mais perto possível de seu cometimento, bem como uma aplicação rápida da pena relativa ao caso em espécie, pouparia tanto o acusado, no que tange ao sofrimento de responder um procedimento criminal, quanto à população em geral, com relação às incertezas da indicação do real culpado ou um sentimento frustrante de impunidade.⁷¹

A mídia eletrônica, observada em *lato sensu* provocou um grande impacto social, dando um recorte especial no que se refere às diversas espécies de controle, bem como ao numero de informações e a velocidade com que estas chegam a um imenso numero de pessoas, estando dentre outras formas de instrumentos tecnológicos de comunicação, como uns dos principais a televisão, sendo tal instrumento alicerçado pelos veículos de comunicação, caracterizando-se e se consolidando como uma espécie de instituição indispensável para a população nos dias atuais.⁷²

Neste contexto de indispensabilidade para a população aflora uma conotação importante e relevante observado pelo prisma da liberdade de expressão, liberdade de imprensa e informação dos fatos a população, aumentando a transparência no que diz respeito ao trato dos governantes com a coisa pública, aumentando o nível do bom controle do que a população toma conhecimento, para posteriormente exercer formas de pressão, além de exigir prestação de contas sobre tais fatos.

Observando-se por outro prisma, aflora com o mesmo ímpeto ou, em determinados casos, com maior força ainda o lado comercial e da competitividade entre os veículos de informação, caracterizado pela "melhor cobertura", pelos "furos de reportagens", pelas "matérias exclusivas",

⁶⁹ Exemplos destes delitos: homicídio, latrocínio, roubo, etc.

⁷⁰ Exemplos destes delitos: corrupção, peculato, crimes contra o sistema financeiro, etc.

⁷¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru-SP: Edipro, 1997. p.59

⁷² GARLAND, David, 1955. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.196-198.

pela divulgação dos fatos quase em tempo real, dando aqui um recorte específico no âmbito criminal e mais recentemente pelas reportagens denominadas de "jornalismo investigativo".

Os veículos de informação que conseguem deter tal gama de expertises, alguns deles explorando nichos específicos de determinadas reportagens, fazendo um recorte às reportagens criminais, conseguem deter índices altos de audiência, por conseguinte prestígio ao público e consequentemente um maior faturamento comercial, chegando assim a uma das formas de controle exercida, que em muitos casos é colocado acima de qualquer outro fator, fazendo com que o objetivo de lucro se sobreponha muitas vezes ao interesse público, colocando antes o interesse do público, nem que para conseguir tal desiderato seja necessário infringir e suplantar frontalmente normas morais e éticas, bem como direitos e garantias individuais das pessoas.

Tais distorções, narradas de modo extremamente abusivo eram sempre justificadas, fazendo menção à democracia e liberdade de imprensa com a justificativa de que o público tem o direito de saber.

Em outro viés a televisão e mais recentemente a internet mudaram costumes da vida cultural das pessoas, aflorando um sentimento que muitas vezes pode ser nocivo e, em alguns momentos um estímulo muitas vezes velado para um consumismo exagerado da população, fazendo com que valores consumistas preponderem sobre valores éticos e morais de maior profundidade e relevância, influindo muitas vezes na criminalidade grave violenta e praticada em seu maior número, por pessoas menos favorecidas economicamente.

Conforme pontuou David Garland: "Padrões de consumo e estilos de vida até então circunscritos aos ricos e famosos passaram a estar disponíveis a todos, com consequências perturbadoras para as expectativas das massas e dos aspirantes a consumidores."⁷³

Nesta esteira do consumismo e da preponderância, em alguns casos, dos meios de comunicação pelo lucro, a indústria do medo e da insegurança apresenta-se de maneira extremamente lucrativa, rendendo e fazendo girar muito dinheiro.

Neste sentido, Guy Debord: "O mundo ao mesmo tempo presente e ausente que o espetáculo apresenta é o mundo da mercadoria dominando tudo o que é vivido. O mundo da

⁷³ GARLAND, David, 1955. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 197.

mercadoria é mostrado como ele é, com seu movimento idêntico ao afastamento dos homens entre si, diante de seu produto global."⁷⁴

Corroborando com tal assertiva, Zygmunt Bauman: "A exibição de ameaças à segurança pessoal tornou-se um dos principais trunfos, talvez o principal, na guerra por audiência na mídia (ampliando ainda mais os êxitos tanto do marketing quanto dos usos políticos do capital do medo). 75"

O comércio das mercadorias, entendidas estas em sentido amplo, impulsionadas pelo consumismo desenfreado, faz com que vários freios éticos e morais se flexibilizem em demasia, atingindo a dignidade das pessoas.

Neste sentido, a produção moderna apresenta característica dominante, tanto no âmbito externo quanto interno, levando tal dominação a lugares dos mais distantes possíveis, irradiando dentro de qualquer espaço social a ideologia dominante naquele contexto e espaço temporal.

Deste modo, tal concepção absorvida e repassada pela mídia, afeta diretamente a população, em suas mais variadas formas, social, econômica, moral, etc.

Há uma verdadeira guerra, da população contra a insegurança, se refletindo no modo de vida, e absorvida prioritariamente, no que concerne a população com maior poder aquisitivo de consumo na compra e utilização de materiais que tentem minimizar essa sensação de insegurança, muitas vezes potencializada e fomentada pela mídia, com a aquisição, por exemplo, de carros maiores, mais potentes e blindados, bem como a busca de moradia em condomínios fechados com todos os aparatos tecnológicos de segurança, buscando, de uma certa forma, tentar se proteger em uma bolha de tudo que acontece e é noticiado no mundo exterior.

Nesta mesma linha, se espalha a arquitetura do medo, tanto em áreas residenciais, tentando transparecer uma espécie de vigilância ostensiva e permanentemente hostil e intimidadora. Tal arquitetura também é observada em espaços públicos com áreas permanentemente vigiadas por câmeras. Neste contexto a insegurança alimenta o medo.⁷⁶

Da mesma maneira, a área comercial das grandes empresas também percorre este mesmo viés de vigilância e controle sobre o que ocorre em seus estabelecimentos comerciais, e muitas vezes em casos de cometimentos de delitos, a imagem, antes mesmo de estarem com a polícia

⁷⁴ DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo.** [s.l.]:eBooksBrasil, 2003,p.39. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/socespetaculo.html. Acessado em 12/11/2013.

⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt, 1925. **Vida líquida**. 2.ed.rev. Rio de Janeiro:Jorge Zahar Ed., 2009. p. 92.

⁷⁶ Idem ibdem. p. 96-100.

judiciária para início das investigações, já se encontram nos meios de comunicação, para o conhecimento da população, sem a devida análise, se tais imagens deveriam à priori estarem revestidas do sigilo para não atrapalhar as investigações iniciadas.

Atualmente tais condutas lembram, em certo aspecto, o modelo panóptico revelado por Jeremy Bentham e analisado por Michel Foucault, cujo desiderato principal era a observação e controle dos detentos, efetuados por um vigia em uma torre central, de onde vigiava e controlava os detentos trancados em cela, não podendo estes ver quem os vigia nem uns aos outros.

Consoante Foucault:

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce: enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são portadores.⁷⁷

Tal modelo, também é motivo veemente de crítica a algumas penitenciárias cujo desiderato principal era a observação e controle dos detentos, assemelhando-se a um laboratório experimental de uma sociedade "globalizada", sem oferecer, nenhum tipo de trabalho produtivo aos presos.⁷⁸

O referido modelo, inicialmente concebido para a vigilância dos presos, de certa forma expandiu-se para ser utilizado nas cidades, objetivando um maior disciplinamento dos cidadãos, auxiliando tanto a polícia ostensiva a manter a ordem pública, quanto à polícia judiciária a angariar provas de delitos cometidos e filmados, os quais ajudam na elucidação de delitos e servem de prova no âmbito judiciário, além de fazer com que, em algumas situações haja o fomento da indústria do medo, quando há a utilização por parte da mídia, em um ângulo apenas comercial.

Neste mesmo sentido Nilo Batista utiliza a expressão vigilantismo:

A prevenção extremada e invasiva deste modelo se inviabilizou espacialmente, na segunda metade do século XIX, com a modernização e o crescimento das cidades. Substituído, na vigilância do disperso exército de reserva da mão-se-obra industrial, por um artefato "científico"do positivismo, a periculosidade pré-delitual que poderia ativar uma medida de segurança detentiva, o princípio hibernaria à espera de condições tecnológicas que lhe concederiam um segundo e glorioso ciclo.⁷⁹

⁷⁷ FOUCAULT, **Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 38. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 191.

⁷⁸ Idem ibdem, p. 194-196.

⁷⁹ BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. [s.l.]: Bocc-ubi, 2003 .p. 3. Disponível em www.bocc.ubi.pt/pag/Batista.nilo.midia.sistemapenal.pdf. Acesso em 12/11/2013

Em muitas situações a imposição de mais controle do crime passou a ser a tentativa de segregação de pessoas consideradas perigosas para o convívio direto com o restante das pessoas, passando a dar um valor cada vez maior a pena, em uma tendência a sempre tentar aumentá-la em seu aspecto abstrato como forma de contenção e controle do crime.

O controle do crime passa por várias transformações e consequentemente por várias reformas, sejam estas no campo jurídico penal-processual, sociológico, econômico, antropológico, etc. As ideias que tem maior visibilidade e apoio popular são as que preponderam o imediatismo, tais como a mudança abrupta da legislação penal, sem uma análise de maneira sistêmica no sistema penal.

Tal complexidade e variedade das propostas apresentadas, urge necessário se entender onde está a falha em seus resultados práticos, devendo-se ater não só ao detalhamento das ideias e sim a analisar a intenção que motivou aquela tomada de decisão, bem como outros aspectos políticos e sociais, as quais tais propostas estão alicerçadas e testadas. ⁸⁰

No decorrer dos anos, uma alta taxa de criminalidade, seja ela grave violenta ou grave não violenta, passou a ser considerada normal pela sociedade, tais situações, por mais esdrúxulas que possam parecer, começou a fazer parte da rotina das pessoas, como se a aceitação daquela situação fosse algo inevitável e irremediável.

Neste contexto, qualquer que fosse o êxito, mesmo que pontual ou local na diminuição de alguns índices da criminalidade por parte da polícia, ostensiva ou judiciária, governantes, poder judiciário, enfim os atores do sistema criminal, haveria sempre a tentativa da população em evitar o crime, como principal motivação do seu dia a dia, persistindo sempre o medo.⁸¹

A criminalidade *lato sensu* deixou de estar em uma concentração que se restringia aos lugares mais pobres, não tendo atualmente uma classe social específica atingida. Há um nivelamento de criminalidade, ou seja, atingindo todos os extratos sociais, sendo alguns tipos atingindo certa parcela da população e outros tipos outras, mas deixando de ser uma exceção, um fato inusitado e transformando-se em algo meramente plausível e de certa forma esperado, corriqueiro, aceito mais como uma consequência da vida moderna.⁸²

82 Idem ibdem,p.387-391.

⁸⁰ GARLAND, David, 1955. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 253-256.

⁸¹ Idem ibdem,p. 261-262.

Relatórios do FBI de 1987 e 1988 e do *National Institute of Justice Report* narram que: "As propagandas agora onipresentes sobre segurança, que nos dizem que "um carro é roubado a cada minuto" ou que "um cartão de crédito é perdido ou roubado a cada segundo", expressam esta experiência com precisão: o crime forma uma parte do nosso ambiente diário e é constante como o próprio tempo."83

Com o passar dos anos, corroborando com tais fatos acima citados, bem como uma crescente exploração midiática da criminalidade, está se incutindo no subconsciente das pessoas, que o problema da criminalidade é extremamente grave e vem cada dia ficando mais grave, piorando a situação de todos, criando-se uma sensação de uma piora ainda maior para o futuro, mesmo quando é apresentado de forma pontual mecanismos que de alguma forma estabilizem ou diminuam tais índices. É neste sentido que entende J. Roberts e J. Stalans:

Pesquisas de opinião, desde os anos 1970, mostram que a maioria das pessoas acredita que o problema do crime é grave e está piorando, bem como o número de crimes continuará a crescer no futuro, crença que persiste mesmo em períodos de estabilização ou declínio das taxas de criminalidade.⁸⁴

Tal retrato criminal, ao longo de três décadas, encontra-se várias políticas criminais, com tendências multidisciplinares com o objetivo de enfrentar a criminalidade. Uma maior profissionalização, bem como um investimento em equipamentos, especialmente tecnológicos por parte da polícia, seja ela ostensiva ou judiciária, bem como uma tentativa de racionalização da Justiça e uma tentativa de melhoria no sistema penitenciário tem sido a tônica, no que tange ao âmbito dos atores do sistema judicial. Nesta racionalização da Justiça, ganhou espaço um processo de descriminalização, desde a atuação nas ruas por parte de policiais, até a mudança de procedimentos judiciais, ora com procedimentos mais sumários, ora com a atuação mais administrativa que penal.⁸⁵

⁸³ A presença constante do crime é enfatizada nos relatórios anuais sobre crime do FBI, que estampam uma figura do "relógio do crime", indicando a frequência de crimes cometidos por intervalo de tempo:"um crime violento a cada 21 segundos", "um crime contra o patrimônio a cada 3 segundos". **US Federal Bereau of Investigation, Crime in theUnited States: Uniform Crime Reports 1987** (Washington DC: Government Printing Office, 1988), p.6. Um relatório de 1994 do National Institute of Justice Report começa com a seguinte frase:"hoje, como em qualquer outro dia deste ano nos Estados Unidos, 65 pessoas serão assassinadas e 264 mulheres, estupradas. Na próxima hora, 120 pessoas serão agredidas. No tempo que se leva para ler este parágrafo-49 segundos-outra pessoa será roubada", F.E.earls e A.J.reiss, Breaking the Cycle: Predicting and Preventing Crime(Washington DC: NIJ, 1994) apud idem ibdem, p. 244.

⁸⁴ Veja-se J.Robert e J. Stalans, **Public Opinion, Crime and criminal Justice** (Nova Iorque: Westview, 1997). apud Idem ibdem 2008. p. 244-245.

⁸⁵ GARLAND, David, 1955. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.382-394.

Mesmo com esta racionalização criminal, perdura o aumento das ocorrências policiais, ostensivas e judiciárias, bem como os números de processos e produtividade do judiciário, sempre se esperando uma medida cada vez mais célere. Tal complexidade do tema, em alguns momentos, apresenta-se contraditório a algumas diretrizes já traçadas.

O recente foco na prisão de autores de crimes leves e as abordagens do tipo "vidraças quebradas" e "tolerância zero" de Nova Iorque constituem exceção pública daquele movimento, mas mesmo lá ficou claro que muitos infratores presos não são posteriormente processados e punidos. Fazê-lo significaria aumentar gastos que já são grandes, mesmo para as políticas de lei e ordem de Nova Iorque, administrada pelo prefeito Giuliani.⁸⁶

É efetivamente no âmbito político que as estratégias e linhas de ação são desenvolvidas, no que concerne ao controle da criminalidade, devendo-se levar em conta o local, espaço temporal e as ideologias que as sustentam, e dependendo das condições conjunturais e credibilidade popular, pode se tornar real.⁸⁷

Estratégia de segregação como forma única de punição, pode ser observada na estratégia norte americana do "Three Strikes", prisões de segurança máxima, políticas de tolerância zero, leis de comunicação comunitária de pedófilos, etc. Neste contexto é privilegiado em um único sentido, a proteção do público como desiderato máximo e imediato, descambando muitas vezes para medidas populistas.⁸⁸

A concentração primordialmente nas consequências da criminalidade, ao invés das suas causas, o que reflete uma atitude meramente imediatista, do que a aposta em políticas criminais e multidisciplinares onde o curto, médio e longo prazo devem ser planejados e prospectados dandose a mesma importância a todas as etapas, faz com que se tente muitas vezes em vão, a busca de sempre tentar dar respostas imediatas a questões extremamente complexas, resultando na colocação da criminalidade como um problema crônico social.

Dentre os inúmeros meios de comunicações existentes, a televisão talvez seja a que mais massificou as percepções populares sobre a criminalidade, justamente por uma das formas mais abrangentes, sem se importar com a classe social que a assiste, neste sentido democratizando para todas as classes sociais as notícias ofertadas, além de oferecer mais "plasticidade" à criminalidade, no que concerne a imagem, muitas vezes mais forte que o necessário, que é ofertada a população ocorrendo uma afinidade natural da população com o crime, bem como uma

⁸⁷ Idem, ibdem, p.311-312.

⁸⁶ Idem ibdem, p. 261-262.

⁸⁸ Idem, ibdem, p. 315-317.

curiosidade inerente ao ser humano, para saber detalhes, tanto de como ocorreu o crime, quanto dos seus desdobramentos. E na ânsia da melhor cobertura, do melhor furo de reportagem, a dramaticidade pode aflorar mais do que a realidade, buscando mexer sempre com a parte emocional das pessoas, aflorando sentimentos, tais como a raiva, compaixão, medo, indignação, culminando em uma espécie, mesmo inconsciente de veneração ao crime, institucionalizando, fazendo com que aumente de maneira exacerbada a importância da criminalidade no cotidiano das pessoas.

Não que haja sempre uma invenção do que está ocorrendo em termos de criminalidade pelos meios de comunicação, mas não há como negar que tais fatos fazem aumentar o interesse do público, bem como a parte comercial da empresa, pois tais meios de comunicação têm entre outros objetivos o lucro, e este só prospera com a venda de espaços publicitários, que por conseguintes são atraídos e se direcionam para onde há mais audiência, com a finalidade de seus produtos chegarem a um maior número de pessoas.

2.2 A atuação da imprensa

Atualmente os meios de comunicação apresentam-se de maneira bastante diversificados, sendo a imprensa um gênero da espécie. Após a criação e propagação do uso da internet e posteriormente a alastramento das mídias sociais, a comunicação global ganhou contornos de instantaneidade, onde a comunicação entre milhares de pessoas, de qualquer parte do mundo passou a ser feita *online*, aproximando-as e permitindo uma comunicação célere e atualizada segundo a segundo, dos fatos locais, nacionais e internacionais.

Neste contexto específico de fluxo de informações, o que ocorre de forma muito volumosa, foram criados mecanismos na internet, que permite através de filtros, a busca por determinado assunto que interessar naquele momento, seja alguma notícia, informações dos mais variados tipos, como também a busca por determinada pessoa e as notícias específicas sobre ela.

Nesta esteira, a mídia exerce papel preponderante na coletividade nos dias atuais, em virtude da crescente agilidade e dinamismo no fluxo e instantaneidade da informação, ampliando

e fomentando também o debate publico, bem como a fiscalização dos poderes Estatais, e demais atividades de relevante importância.⁸⁹

Um dos filtros mais usados na internet é o Google, sendo tal instrumento utilizado como forma de coleta dos dados analisados posteriormente nesta pesquisa. Tal recurso, se utilizado na busca de uma determinada pessoa, permite uma pequena devassa em sua vida, tanto pessoal como profissional, tendo acesso a vários dados, inclusive, em muitos casos fotografias e números de telefones, além das notícias vinculadas a aquela pessoa pesquisada. Tal busca por informações pessoais, incluindo matérias jornalistas vinculando pessoas a delitos, se perpetua no tempo de forma totalmente indefinida.

Neste sentido, inúmeras informações referentes às pessoas pesquisadas poderão ser encontradas através da utilização do filtro da internet denominada de Google, mesmo que em determinadas situações, desde uma matéria jornalística relativa a suspeita de cometimento de um delito, até fotos das pessoas, que podem vir a ser utilizadas em matérias jornalistas, podendo também, nestes casos ser conhecidas e utilizadas através de outras mídias sociais, a exemplo do facebook.

A liberdade de informação jornalística encontra-se respaldada pela Carta Magna vigente em seus arts. 5° inc. XIV e 220 Par. 1°. Tem no sigilo da fonte uma de suas principais garantias, pois o jornalista não é obrigado a divulgar sua fonte. O jornalista tem o direito de buscar informações e de passá-las ao destinatário da notícia. 90

Notícia é um fato de interesse público, que é protegido pela constituição, ainda que sua divulgação fira a honra de alguém. Ocorre, que nem todo fato de interesse do público é de interesse público e nesta seara há uma linha tênue e complexa que divide estes dois aspectos. É necessário que a notícia aborde um aspecto relevante da vida social, sendo tal informação verdadeira. Quando da divulgação da notícia esta venha a ferir a honra ou privacidade de uma pessoa, há que ser indispensável esta violação, além de ter que estabelecer o contraditório da informação (direito de resposta) e tal notícia deve ser feita com moderação, não podendo ser insidiosa, sob pena de transformar em um espetáculo, muito mais no sentido dramático, repugnante e comercial do que no sentido de uma obra informativa ou jornalística.

⁸⁹ CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005 .p. 241-242.

⁹⁰ BULUS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.514-515.

Conforme Guy Debord:

O espetáculo, considerado sob o aspecto restrito dos meios de comunicação de massasua manifestação superficial mais esmagadora- que aparentemente invade a sociedade como simples instrumentação, está longe da neutralidade, é a instrumentação mais conveniente ao seu automovimento total.⁹¹

Quando tal fato ocorre, a mídia atua de forma eminentemente unilateral, com o pano de fundo da notícia que tem e deve ser veiculada ao público, mas no substrato da intenção está meramente em primeiro lugar a busca pelo "choque", pela busca da curiosidade exacerbada das pessoas, pois notícias sobre o cometimento de crimes, suas características e motivações bem como seus autores exercem fascínio sobre o grande público desde a antiguidade, alimentando e induzindo tal sentimento de curiosidade, especialmente em programas populares que tem seu foco principal as manchetes policiais, divulgando imagens fortes de corpos feridos e/ou mutilados, muitas vezes de forma bizarra, para alcançar índices altos de audiência, com a finalidade precípua de lucro, ou ainda de maneira mais torpe, o conluio com interesses mais escusos ainda.

Segundo Gustavo Ferreira Santos:

[...] há outro grave problema no Brasil, que é a promiscuidade entre meios de comunicação e agentes políticos. Um grande número de repetidoras de TV e de emissoras de rádio está em poder de detentores de mandatos eletivos ou de seus familiares. Isso causa uma grave distorção nos processos eleitorais, já que essas pessoas têm evidentes vantagens no embate de idéias que deveria caracterizar uma campanha. Porém, o mais grave é que isso reduz perspectivas de uma reforma legislativa constitucionalmente adequada. 92

Apesar de Carta magna vigente inserir em seu elenco de direitos fundamentais a liberdade de imprensa, tal preceito, como os demais direitos fundamentais não se consagra de maneira absoluta, no entanto, neste contexto aqui empregado, não se coaduna com o principio da proporcionalidade no caso concreto da colisão de direitos fundamentais, mas sim no sentido mais realista, onde a absoluta liberdade jornalística inexiste no mundo real, pois todos os meios de comunicação, seja estatal ou privado, tem um ou alguns proprietários, donos, detentores em várias situações da decisão final de fazer ou não uma matéria, de editá-la da maneira que melhor convenha no momento ou em determinado contexto, ou mesmo de evitar a sua divulgação. Neste

⁹¹ DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo.** [s.l.]:eBooksBrasil, 2003,p.21-22. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/socespetaculo.html. Acessado em 12/11/2013.

⁹² SANTOS, Gustavo Ferreira. **Da liberdade de expressão ao direito à comunicação. Direitos Fundamentais e Justiça.** n. 10,jan/mar, 2010,p. 203.

sentido a liberdade de imprensa existe, mas em muitos casos até determinado limite, a depender da situação, isto a nível internacional, nacional ou local.

Neste sentido, comenta Nilo Batista:

A acumulação de capital que os negócios das telecomunicações propiciam transferiu as empresas de informação para um lugar econômico central: Pierre Bourdieu, em sua aula televisiva, Tratou logo de lembrar "que a NBC é propriedade da general eletric (oque significa dizer que, caso ela se aventure a fazer entrevistas com os vizinhos de uma usina nuclear, é provável que... aliás, isso não passaria pela cabeça de ninguém), que a CBS é propriedade da Westinghouse, que a ABC é propriedade da Disney. Em termos brasileiros, seria imaginável uma reclamação contra os serviços da Nextel veiculada pelo Jornal Nacional, ou contra uma lista classificada da OESP na primeira página do Estadão? ⁹³

Tal conduta pode levar a banalização de determinado tema, especificamente neste caso, da violência, utilizando-se nestes casos de fatos reais de cometimentos de delitos, na maioria deles da cometidas por pessoas das camadas mais pobres da população, muitas vezes contados de maneira superficial, ou incompleta, muitas vezes utilizando-se do deboche e do achincalho, tanto das supostas vítimas, tanto dos suspeitos, quanto dos próprios poderes constituintes do estado que formam o sistema criminal.

Nesta esteira, tal banalização utilizada por muitos meios de comunicação visa efetuar o espetáculo, buscando incutir sua essência como sistema ideológico, explorando e utilizando, preponderantemente a classe mais pobre como mão de obra abundante, seja no polo ativo ou passivo, ou em ambos.⁹⁴

No mesmo sentido, Monica Ovinski Camargo:

As bombásticas denúncias logo se transformam em teatrais escândalos, em que há o envolvimento de pessoas públicas, como políticos, numa sucessão de descobertas que se constituem em verdadeiros banquetes para a mídia, que, além de apresentar provas em escutas telefônicas, declarações de testemunhas anônimas e documentos, quer também apresentar veredictos.⁹⁵

Resta salientar a divulgação de notícias efetuadas pelo denominado "jornalismo investigativo", verdadeiras investigações não estatais, onde são noticiados delitos em tese cometidos, mas sem ter sequer nenhum tipo de investigação da polícia judiciária efetuada. Nesta esteira há ainda situações onde coberturas jornalísticas são efetuadas ao mesmo tempo a

⁹³ BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**.[s.l.]:Bocc-ubi, 2003. p.3. Disponível em: www.bocc.ubi.pt/pag/Batista.nilo.midia.sistemapenal.pdf. Acesso em 12/11/2013.

⁹⁴ DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo.** [s.l.]:eBooksBrasil, 2003,p.42. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/socespetaculo.html. Acessado em 12/11/2013.

⁹⁵CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p.242.

realizações de investigações de crimes que chamam a atenção do público em geral, formulando opiniões, tecendo comentários para já delinear o possível autor antes mesmo do término da investigação da polícia judiciária.

Encontram-se ainda situações criminalizantes antes mesmo do próprio tipo penal existir, influenciando na própria criação legal posterior.

Conforme aponta Nilo Batista:

Em 30 de março de 2001, o programa Globo repórter ocupou-se de assédio sexual. Um Sérgio Chapelin doutrinal indagava "qual o limite entre a paquera e o assédio sexual", respondendo em seguida que "o assédio causa constrangimento e muita dor", convocando a participação da enorme audiência. De fato, um mês e meio depois dessa matéria, a lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, viria a criminalizar o assédio sexual (art. 216-A CP). ⁹⁶

Nesta esteira do jornalismo investigativo, são exploradas situações que não são desconhecidas, tais como a filmagem em pontos de venda de drogas, que tem a características de mobilidade nos locais onde é praticado, ou na divulgação do denominado "bico policial", sendo tais matérias denominadas por Nilo Batista como "pegadinhas criminais": "Essas pegadinhas criminais devem ser completamente afastadas do debate acerca do jornalismo investigativo, até porque não há nada desconhecido nessa investigação."⁹⁷

Nestas matérias, na verdade, a mídia está pautando o sistema criminal, acentuando seu processo de seletividade, o qual será abordado no próximo capítulo.

Neste sentido, entende Nilo Batista: "Sob tais circunstâncias, nas quais a mídia está não apenas pautando as agências executivas do sistema penal, como também selecionando entre candidatos à criminalização secundária [...], cabe falar de uma "executivização" das agências de comunicação social do sistema penal."98

Há uma intrincada vinculação entre a mídia e o sistema penal, aquela atuando decisivamente em determinadas condutas típicas cometidas por indivíduos no caso concreto, indo desde o próprio início da investigação formal e estatal, ou em algumas vezes antes em investigações informais e não estatais, passando pela instrução criminal em primeira instância, até os tribunais superiores, podendo haver uma influência preponderante em determinadas situações, seja na divulgação dos fatos e seus imputados, seja já emitindo algum juízo de valor

⁹⁶ BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**.[s.l.]:Bocc-ubi, 2003. p.11. Disponível em: HTTP://www.bocc.ubi.pt/pag/Batista.nilo.midia.sistemapenal.pdf. Acesso em 12/11/2013.

⁹⁷ Idem ibdem,p. 12.

⁹⁸ Idem ibdem, p. 13.

em editoriais ou mesmo em matérias jornalísticas, exercendo uma espécie de forte pressão, utilizando-se, em alguns casos de certa manipulação e/ou direcionamento da opinião pública em certa direção, chegando na prática a uma espécie de execução de uma penalidade midiática, não existente no nosso ordenamento jurídico, mas que na prática é exercida rotineiramente.

Nesta linha, pondera Nilo Batista:

Na televisão, os âncoras são narradores participantes dos assuntos criminais, verdadeiros atores e atrizes que se valem teatralmente da própria máscara para um jogo sutil de esgares e trejeitos de aprovação ou reproche aos fatos e personagens noticiados. Este primeiro momento no qual uma acusação a alguém se torna pública não é absolutamente neutro nem puramente descritivo. A acusação vem servida com seus ingredientes já demarcados por um olhar moralizante e maniqueísta[...]⁹⁹.

Nestas circunstâncias, o direcionamento pode dar-se tanto com um apelo condenatório ou absolutório, a depender do contexto e uma formação de um juízo de valor preponderantemente do meio ou meios de comunicação.

Segundo Monica Ovinski de Camargo:

A mídia presta um relevante papel ao denunciar, acompanhar e pressionar para que existam investigações mais adequadas, mas, indiscutivelmente, a norma constitucional determina que cabe ao judiciário recolher provas, julgar, condenar e aplicar a pena. O poder de manipulação e deformação da opinião pública pode ser percebido com ênfase quando a mídia, supondo antecipadamente um culpado e tratando-o como tal, macula nomes e vidas particulares, ações que o judiciário não consegue reverter com a declaração de inocência nem com vultosas somas por conta de indenizações por danos morais. Por mais veementes e revoltantes que sejam os indícios, a presunção de inocência abriga todos os indivíduos, impondo exclusivamente ao Judiciário a tarefa de pronunciar se são culpados ou inocentes, função que a mídia insiste em usurpar. 100

Atualmente, não basta mais o convencimento do delegado que preside a investigação policial, do membro do ministério público, advogado ou do magistrado, pois além destes atores que fazem parte do sistema criminal formal, há também e às vezes muito mais, que passar pelo crivo do convencimento de como se deu os fatos e a indicação de seus possíveis autores, pelos meios de comunicação, pois se isto não ocorrer e houver um juízo de valor em sentido contrário do que está no processo ou no procedimento formal, mesmo sem o conhecimento e compreensão investigativa e/ou jurídica dos autos, ficará colocado sempre uma dúvida naquela conclusão,

⁹⁹ BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio.**[s.l.]:Bocc-ubi, 2003. p.14. Disponível em: HTTP://www.bocc.ubi.pt/pag/Batista.nilo.midia.sistemapenal.pdf. Acesso em 12/11/2013.

¹⁰⁰ CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p.242-243.

colocando em xeque ou completo descrédito aquele processo, convertendo-se assim a mídia muitas vezes em elaboradores e executores de um verdadeiro sistema criminal informal.

No entendimento de Nilo Batista:

A posição estratégica da questão criminal na mídia está muito distante da suposição ingênua ainda que não necessariamente falsa de que o sangue sempre aumenta as vendas. O discurso criminológico midiático pretende constituir-se em instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a "ética da paz") e numa história ficcional [...]. 101

Para ratificar o discurso ideológico imposto pela mídia, a depender de seu direcionamento, é utilizado uma figura para respaldar o que está sendo noticiado e opinado: o especialista, que pode ser uma autoridade do poder judiciário, da polícia judiciária, ministério público, antropólogo, sociólogo, professor de direito, membro de alguma entidade de associação de vítimas ou de direitos humanos, tendo que necessariamente efetuar a ratificação do discurso.

E neste sistema penal informal a pena é perseguida e aplicada muito antes do trânsito em julgado, do acórdão dos tribunais, da sentença de primeira instância, e antes mesmo do fim do inquérito policial instaurado para apurar o fato ilícito. Na maioria das vezes acontecendo um fato típico, a mídia procura por um culpado e uma pena a ser lançada, esquecendo-se muitas vezes da exclusão de ilicitude e de culpabilidade.

Além da busca da pena pela mídia, outro tipo de pena já é aplicada muitas vezes antes ou no início de uma investigação criminal, pois dependendo do interesse da mídia, seja a estritamente jornalística, seja a sensacionalista especializada em matérias policiais, além de evidentemente atrapalhar o trabalho investigativo, objetivando dar "furos" de reportagens relativo ao caso, os investigados são expostos rotineiramente.

Neste aspecto de exposição de suspeitos da prática de delitos, a própria mídia, auxiliada por todo o aparato tecnológico hoje existente, através da internet e suas redes sociais e outros banco de dados, tem facilmente acesso a informações do suspeito, inclusive suas fotografias.

Neste sentido Monica Ovinski de Camargo:

Infelizmente, o direito de imagem é atropelado pelo direito a informação e pelo princípio da publicidade dos atos processuais, dos quais se utiliza a imprensa livre para cometer abusos, já que, por diversas vezes, age com irresponsabilidade, destruindo de forma irrecuperável a reputação de uma pessoa inocente ou humilhando e estigmatizando um futuro culpado. 102

¹⁰¹ BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio.**[s.l.]:Bocc-ubi, 2003. p.7. Disponível em: HTTP://www.bocc.ubi.pt/pag/Batista.nilo.midia.sistemapenal.pdf. Acesso em 12/11/2013.

¹⁰² CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p.243.

Além disso, muitas vezes tem as informações repassadas pela própria polícia, seja ela ostensiva ou judiciária e o ministério público, quando não conseguem imagens dos suspeitos dentro ou fora das unidades onde estiver sendo feito o procedimento.

Outra situação extremamente danosa em vários sentidos, encontra-se na divulgação por parte da polícia judiciária de vários Estados e também da União, além de membros do ministério público estadual ou federal de partes das investigações e/ou instruções processuais, especialmente as que versam sobre a utilização de instrumentos de inteligência, tais como por exemplo: a interceptação telefônica, sendo este um dos instrumentos utilizados corroborados com outros. Tal prática apresenta-se extremamente errônea e danosa, tanto do ponto de vista da própria investigação e/ou instrução processual, pois propicia que outras pessoas venham a ter noção de estratégias e instrumentos investigativos, que deveriam permanecer sigilosos, nestes casos infringindo frontalmente a doutrina de inteligência, bem como o ordenamento criminal, através da Lei de interceptações telefônicas, como também expondo o investigado, muitas vezes com partes editadas, muito mais em razão deste tipo de matéria render alta audiência em função da curiosidade do público, do que para verdadeiramente auxiliar a investigação ou ser relevante ao interesse público.

Com tal postura, é como se a mídia quisesse impor, instantaneamente uma pena de exposição daquele indivíduo, numa espécie de questionamento, no caso do indivíduo ser declarado culpado, iria realmente cumprir a pena determinada, ou ficaria na impunidade, criando uma espécie de pena prévia, agravando ainda mais a situação se tal exposição trouxer a reboque a humilhação e o escárnio, muito utilizado nos programas populares especializados somente em matérias relativas à cobertura de cometimentos de delitos, acompanhando de perto a atuação policial e em segundo plano do poder judiciário.

Nesta ótica Mariana Guedes Duarte da Fonseca: "A população não se vendo representada no judiciário e não se sentindo protegida pelo Estado, acaba recorrendo a um órgão que seja capaz de atender suas demandas, veiculando sua indignação: a imprensa, notadamente o jornalismo popular." ¹⁰³

_

¹⁰³ FONSÊCA, Mariana Guedes Duarte da. **Mídia, criminalidade e direitos humanos: Uma breve análise a partir do programa bronca pesada**. Revista idéia nova. Ano 8, n. 4, jun./dez.,2010. . p.192. Disponível em: http://www.ufpe.br/ccj/images/folder/revista.pdf. Acesso em 12/11/2013.

Há por parte deste segmento jornalístico, uma busca pelo exagero, pautada desde a antiguidade, na curiosidade exacerbada das pessoas, pois notícias sobre o cometimento de crimes, suas características e motivações bem como seus autores exercem fascínio sobre o grande público, alimentando e induzindo tal sentimento de curiosidade, especialmente em programas populares que tem seu foco principal as manchetes policiais, principalmente veiculando matérias sobre a criminalidade grave violenta, divulgando imagens fortes de corpos feridos e/ou mutilado, sendo alimentada por uma parcela da população que tem interesse neste tipo de abordagem jornalística, de quanto mais sangrento e bizarro, mais interesse é despertado.

Em razão basicamente destes noticiários jornalísticos populares, voltados quase que exclusivamente para matérias sobre o cometimento de crimes, irradiam muitas vezes mais do que realmente está ocorrendo, de um sentimento potencializado de medo, às vezes de pânico, incutindo no inconsciente popular a percepção de que existe uma exorbitante quantidade de crimes e criminosos e que estes estão em todo o lugar, utilizando-se muitas vezes da mistura de matérias de outros Estados com matérias locais, sem tornar tal diferenciação clara para o público, deixando-o verdadeiramente desnorteados no tempo e no espaço.

Segundo Marilena Chauí: "Há uma verdadeira saturação de informação, mas, ao fim, nada sabemos, depois de termos tido a ilusão de que fomos informados sobre tudo" ¹⁰⁴

Programas populares com este viés se distanciam, e muito, do jornalismo tradicional, e eminentemente informativo, descambando para um apelo de programa de entretenimento, uma espécie de programa humorístico, mas um humor sarcástico e debochado ao extremo, tendo como base fatos reais, misturando alguns dados ficcionais, além de inserir uma narrativa pejorativa, tanto com relação as supostas vítimas ou suspeitos quanto as autoridades constituídas do Estado.

Outra característica comum neste tipo de programa, como dito anteriormente, é exacerbar no que tange a real situação de criminalidade no local, mesmo que em determinados locais realmente seja alta, mas há uma efetiva tendência de passar para a população o sentimento de domínio da criminalidade, onde nada funciona, nada tem jeito, nenhuma ação é bem feita ou bem sucedida, ou nada adianta fazer, utilizando-se de chavões, que entram no imaginário popular,

¹⁰⁴ CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. 1ª Ed.. São Paulo:Fundação Perseu Abramo, 2006 apud FONSÊCA, Mariana Guedes Duarte da. **Mídia, criminalidade e direitos humanos: Uma breve análise a partir do programa bronca pesada.** Revista idéia nova. Ano 8, n. 4, jun./dez.,2010. . p.199. Disponível em: http://www.ufpe.br/ccj/images/folder/revista.pdf. Acesso em 12/11/2013.

fazendo com que aqueles telespectadores tomem tudo que lhes é repassado como verdade absoluta, fortalecendo e ampliando o sentimento de medo, insegurança e intranquilidade.

Ainda, com relação à exposição de suspeitos, apresenta-se em duas nuances, a primeira de já aplicar-lhes uma pré-pena, além do constrangimento efetuado, na maioria das vezes tal exposição não tem como condão a superposição do interesse público em uma eventual colisão de direitos fundamentais, pois a utilização deste recurso nestes tipos de programas vem acompanhada do deboche e da humilhação. Por outro lado, nesta mesma exposição aparece outra nuance que é nos casos dos suspeitos gostarem desta exposição para se fortalecerem e se enaltecerem dentro do submundo da criminalidade, sendo mais uma contribuição negativa destes tipos de programas, pois mais uma vez estará propagando e enaltecendo a criminalidade em seus vários níveis.

Esta divulgação concentra-se em maior quantidade nos fatos e autores da "criminalidade grave violenta e visível", por ter sua maior plasticidade materializada, além de encontrar-se em bem maior número descortinada e ter uma mão de obra vasta, devido a sua concentração ser em sua maioria, composta de pessoas de menor poder aquisitivo da população, ao contrário da "criminalidade grave não violenta e invisível", mas tendo esta também divulgação ampla em casos esporádicos.

Tal situação, ou seja, uma repetitiva enxurrada de matérias deste tipo, também aflora o sentimento por parte da população de que é plausível e necessário um maior controle judicial e policial, através da vigilância, sempre tendente a ser ampliada, e um fomento da existência de uma guerra face a inimigos sem uma identidade precisa. ¹⁰⁵

No Estado Democrático de Direito, a imprensa tem papel fundamental de informação à população, mas tal informação deve dar-se de maneira mais próxima da imparcialidade, seriedade, visando o atendimento precípuo do interesse público, e não o interesse do público, especialmente quando o tema é a divulgação e análise do complexo tema da criminalidade. É evidente que em determinados casos, havendo colisão de direitos fundamentais, há de prevalecer o interesse público, o que terá de ser aquilatado individualmente, tema que será abordado no próximo capítulo.

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho:

Por outro lado, adverte que no caso específico da presunção de inocência, qualquer investigação que desconsidere o ambiente político-social em que foi elaborado o

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 38. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 197-204.

princípio, acabará por encobrir o seu componente emotivo e, assim gerar a falsa impressão de que se trata de uma garantia absoluta, de modo que não se pode ignorar o papel da opinião pública, dos meios de comunicação de massa, na aplicação de penas restritivas de liberdade do acusado, cujo fim não é apenas processual, mas sobretudo substancial. 106

Como exposto anteriormente há uma cultura de obrigatoriedade de convencimento da mídia sobre determinado fato criminoso, pois se não for aceito e firmado com o mesmo convencimento, dúvidas serão colocadas no ar, pairando o descrédito desde a investigação a decisão judicial final.

Neste sentido continua Nilo Batista

Se, através da investigação direta de delitos, da circulação de pautas de interesse criminal, ou da franca intervenção sobre processos em andamento as agências de comunicação social do sistema penal se aproximam das agências executivas, precisam de um discurso para fundamentar sua performance. Mais do que isso, precisam que seu discurso se imponha aos concorrentes. 107

Tanto com relação a uma pena prévia imposta pela mídia, através de um sistema judicial informal, quanto a dúvidas lançadas em relação ao resultado, entre outros motivos, tais como o viés comercial, ocorre também em virtude do grande lapso temporal entre o cometimento do crime e sua decisão final, passando por toda fase investigatória, e as quatro instâncias judiciais que, na prática existem no ordenamento jurídico brasileiro. Neste contexto, gera muitas vezes um sentimento latente de impunidade, seja na criminalidade grave violenta e na grave não violenta.

2.3 Colisão de Direitos Fundamentais e a utilização do princípio da proporcionalidade

Os princípios do direito tem um papel importante e essencial no âmbito do sistema jurídico, pois apesar de muitas vezes não estarem explícitos de maneira formal, estão de forma implícita, atuando como balizadores e guiando os atores que compõem o sistema jurídico com o desiderato de harmonizar as relações em análise, sendo uma espécie de sobre normas para auxiliar os operadores do direito, sobretudo em decisões judiciais, que amparados naquelas normas, buscam auxílio nos princípios, estes agindo como uma bússola, orientando o aplicador

¹⁰⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prisão Cautelar e o Princípio da Presunção de Inocência. Fascículos de Ciências Penais. Ano 5.V.5. Jan-Março. 1992, p.8-11. Porto Alegre apud VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 200. p. 63.

¹⁰⁷ BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. [s.l.]: Bocc-ubi, 2003 .p. 6. Disponível em www.bocc.ubi.pt/pag/Batista.nilo.midia.sistemapenal.pdf. Acesso em 12/11/2013

do direito a encontrar o melhor caminho a ser trilhado, objetivando a resolução dos conflitos factuais.

De acordo com Ronald Dworkin:

Os princípios não ensejam consequências que se seguem automaticamente quando as condições requeridas são alcançadas. Para a sua aplicação, faz-se necessária uma mediação, ou por meio do legislador ou por meio do intérprete. Por outro lado, as regras são mais específicas, especiais, na medida em que são editadas para serem aplicadas a uma situação jurídica determinada e, em caso de conflito, a questão é resolvida pela validade, abandonando-se ou reformulando-se a regra inválida. De outro modo, os princípios possuem uma dimensão do peso ou da importância, que interagem uns com os outros, devendo-se buscar a ponderação ao caso concreto na hipótese de colisão. 108

Conforme preceitua Raquel Denize Stumm: "Os princípios não são razões definitivas, mas ao contrário, constituem-se sempre em razões *prima facie*. As regras, por sua vez, contêm determinações definitivas e *prima facie*, sem possibilidades de dúvidas de como e quando deverão ser aplicadas".¹⁰⁹

A adoção de princípios de forma absoluta impossibilitaria o saneamento nos casos concretos em que houver a colisão de direitos fundamentais, pois deverá sempre ocorrer uma flexibilização no que tange a relativização e ponderação dos princípios dependendo da situação fática concreta. Mesmo o direito a vida, sendo o principal direito fundamental, de onde os outros irradiam não poderá falar-se em sua adoção de maneira absoluta, pois poderão ocorrer situações fáticas que configurem a colisão com outro direito fundamental, como a colisão com outra vida. Tudo dependerá do caso concreto e a análise que se dará a ele.

Conforme preceitua Robert Alexy:

Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base das circunstâncias do caso concreto. 110

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.42-114 apud VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 181.

¹⁰⁹ STUMM, Raquel Denize **Princípio da proporcionalidade no direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2005. p. 42.

¹¹⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, tradução Virgílio Afonso da Silva, p.96.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, quando no plano fático ocorre um conflito entre princípios constitucionais, não quer dizer que um deles esteja errado ou que tenha que ser expurgado da ordem jurídica, pois estes princípios estão, à priori, elencados no patamar abstrato, sem estar ainda sob os acontecimentos em concretos. São estes acontecimentos em concreto que, muitas vezes desencadeiam efeitos em nosso ordenamento jurídico, pois nestes casos, pode-se observar claramente, no que tange a sua aplicação, um conflito de princípios constitucionais, podendo nestes casos ser aplicado qualquer um deles, sem ferir a constituição.

No entanto, nestes casos, para que haja uma adequação e uma harmonização do fato a norma, há que se escolher qual princípio irá prevalecer sobre o outro, e neste caso o aplicador do direito deverá se ater, dentre outros fundamentos, primordialmente na argumentação que irá adotar, bem como a linha de interpretação que será efetuada.

Conforme preceitua de forma clara Raquel Denize Stumm "Todas as normas constitucionais possuem o mesmo valor quando em abstrato. A ocorrência de um caso concreto é que põe em evidência o conflito."¹¹¹

Nestes casos, se impõe necessário à manutenção das características tanto do princípio que irá prevalecer, quanto do outro, respeitando a essência de cada um deles, bem como de suas limitações, pois tudo terá que ser argumentado, interpretado, balanceado e ponderado. A depender sempre, dos fatos ocorridos no caso em concreto.

Não há soluções já prontas, já esquematizadas, como em uma fórmula matemática, somente tendo-se que colocar as normas e fatos em planilhas para sair o resultado certo. Dentro da complexidade do ser humano e dos fatos, muitas vezes bastante complexos, que só a vida real produz, cada caso deverá ser analisado, interpretado e ponderado de maneira diversa, pois cada caso em concreto, terá nuance só seu, não havendo a possibilidade de ocorrer tal fato de maneira exatamente igual, pois estarão envolvidos pessoas diferentes, contextos temporais e factuais diversos, além dos fato em si e suas implicações, alcance e consequências.

Tal ponderação sempre terá que ser feita no caso em concreto, nunca no plano abstrato.

Pelo exposto acima, não há que se falar em conflito ou colisão de direitos fundamentais sem a ocorrência de um caso concreto, porém somente tal ocorrência não basta, pois neste caso em concreto tem que estar ocorrendo, de forma clara um conflito de bens.

¹¹¹ STUMM, Raquel Denize **Princípio da proporcionalidade no direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2005. p. 57.

Há que se terem bens, que ambas as partes em conflito tenham a intenção e queiram proteger, bem como tais bens tem que estar resguardados constitucionalmente como direitos fundamentais.

Através deste choque de direitos fundamentais, consubstanciado na existência de um bem que se queira resguardar e proteger, e naquele instante esteja sendo tolhido ou esbulhado, mesmo na eminência de ocorrer, que poderá haver a utilização do princípio da proporcionalidade, ponderando a importância daqueles bens, naquele determinado momento e naquele instante da ocorrência factual.

Como preceitua Vitalino Canãs "A aplicação do princípio da proporcionalidade pressupõe a tensão latente ou efetiva de bem protegido através de uma medida e um bem prejudicado pela prática dessa medida." ¹¹²

Necessário entender que semelhante ao direito penal, o princípio da proporcionalidade deverá ser utilizado como último recurso, somente e tão somente se naquela colisão de bens não puder ser resolvido com a subsunção normal das normas e princípios a disposição no ordenamento jurídico.

Diante da adequação e necessidade do exercício de alguma medida caracterizada pela coerção Estatal, visando uma finalidade, que também tem que estar em consonância com o interesse público, no caso em concreto, o resultado desta coerção, tem que estar necessariamente alinhada proporcionalmente com a carga coercitiva, entendida neste contexto, como uma medida extremamente necessária e justa, sob pena de ilegalidade. Tem que haver, necessariamente um juízo de ponderação, analisando e avaliando os meios utilizados, no que concerne a proporcionalidade ou desproporcionalidade, no que tange ao alcance da finalidade principal.¹¹³

O princípio da proporcionalidade não se apresenta de forma rígida, pré-concebida, irretocável, o aplicador no momento de sua utilização terá que observar, além dos elementos acima já declinados, proporcionar e delimitar uma flexibilização neste princípio, para ter um espaço de escolha, tendo ao seu alcance mais de uma alternativa para ser utilizada naquele caso em concreto que está ocorrendo um conflito de direitos fundamentais.

Tem-se a título de exemplificação a análise da decretação da prisão preventiva, havendo a colisão do direito fundamental da liberdade com o direito a viver em segurança da sociedade,

¹¹² CANAS, Vitalino. **Proporcionalidade (Princípio da)**. Dicionário da Administração Pública, v. 4, 1994. p. 22.

¹¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra-Portugal: Ed. Almedina, 2003, p. 270.

como ainda a decretação da prisão temporária, sendo esta eminentemente com a finalidade de garantir o cerceamento de liberdade para não atrapalhar as investigações, tendo o Juiz que analisar a margem cosubstanciado no tempo deste cerceamento de liberdade, podendo ser de 5 (cinco) dias prorrogáveis por mais 5 (cinco) nos delitos comuns e 30 (trinta) dias prorrogáveis por mais 30(trinta) nos crimes hediondos. O Juiz na sentença, no momento da dosimetria da pena, nas três fases que a compõe deve ater-se ao princípio da proporcionalidade, pois em cada fase o magistrado terá a sua disposição uma margem para, fundamentadamente aplicar a pena definitiva.

Neste contexto, tal princípio tem uma amplitude bastante ampla, no que concerne a restrição de direitos, liberdades e garantias, quando ocorrer o conflito de bens jurídicos, e conforme apontado acima, é de grande e imprescindibilidade atuação quando se trata de cautelaridade, culpabilidade e dosimetria de pena, no âmbito do direito penal e processual penal.¹¹⁴

Reforçando o exposto acima, o princípio da proporcionalidade deve ser fundamentado, bem como totalmente alicerçado de forma racional, não podendo estar submetido a qualquer forma de arbítrio de caráter exclusivamente e eminentemente subjetivo, calcado em sentimento individuais, seja qual for: vingança, preconceito, emocional/passional. Tal princípio deve ser utilizado da forma mais técnica e científica possível, para que o posicionamento tomado pelo aplicador do direito seja o mais adequado, ponderado, necessário e útil ao caso concreto, objetivando balancear os princípios e direitos em conflitos, para posteriormente utilizar e fazer prevalecer o que mais é compatível com o caso concreto em comento, bem como a previsão do fim a alcançar.

Consubstanciado em Vitalino Canas, os pressupostos do princípio da proporcionalidade são: idoneidade/adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme ainda o referido autor com relação a estes três pressupostos na ordem que segue:

A avaliação da idoneidade de uma medida para atingir uma certa finalidade ou objetivo é uma avaliação meramente empírica e requer uma apreciação basicamente qualitativa. O objetivo de tal comparação será a escolha da medida menos lesiva. Do ponto de vista do princípio da proporcionalidade, medida necessária é a medida menos lesiva. A racionalidade a que se faz apelo para apreciar a proporcionalidade em sentido estrito de um ato é a racionalidade axiológica no sentido Weberiano¹¹⁵

¹¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição.Coimbra-Portugal: Ed. Almedina, 2003. p. 272.

¹¹⁵ CANAS, Vitalino. **Proporcionalidade (Princípio da).** Dicionário da Administração Pública, v. 4, 1994. p.32-40.

O fundamental a se analisar é a proporcionalidade e a ponderação dos dois bens que estão em colisão, devendo o sacrifício de um deles, ser completamente plausível e aceitável naquele caso em concreto em questão, procurando atingir a finalidade da medida mais justa possível.

Do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve haver uma harmonia entre o fim a ser alcançado e o meio a ser utilizado, devendo este ser o mais adequado e o menos danoso possível a direitos fundamentais. Em cada caso concreto, as desvantagens eventualmente suportadas individualmente podem ser suplantadas se houver verdadeiras vantagens aos interesses públicos, devendo ser o meio a ser utilizado o menos danoso possível a direitos fundamentais. 116

Em sua atuação, o legislador tem como balizador o princípio da proporcionalidade, pois antes ou no decorrer de projeto de lei, não deve só ater-se aquele projeto específico, mas também fazer uma análise daquele projeto de lei de maneira global com todo o ordenamento jurídico, pois há uma necessidade premente daquela nova lei adequar-se as outras normas legais já existentes, sem destoar das demais, devendo haver, desta forma uma harmonização legal.

Neste aspecto, tal peculiaridade pode ser observada de maneira mais clara e contundente no âmbito penal. Nesta matéria o princípio da proporcionalidade tem que ser observado de modo bastante diferenciado e minucioso, pois uma nova lei penal deve ter como condição precípua se harmonizar com todo o sistema criminal, pois se não houver tal harmonização, corre-se o risco do sistema penal ficar desequilibrado, aumentando sobremaneira a possibilidade de ocorrer injustiças, notadamente quando houver a subsunção do fato a norma no caso concreto, momento este que de maneira prática o princípio da proporcionalidade será considerado e utilizado.

A escala axiológica dos princípios deve ser observada em seus diferentes graus, face à interpretação não de maneira isolada e sim de forma sistêmica, abarcando os interesses tutelados pela Constituição. Tal colisão sempre deverá ser resolvida pela prevalência do peso maior do direito a ser mais amplamente tutelado, observando-se as circunstâncias fáticas naquele momento do caso concreto, bem como seus valores.¹¹⁷

No entanto, observa-se que rotineiramente, infelizmente, o legislador atropela as características e elementos do princípio da proporcionalidade, agindo como se este não existisse

<sup>VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 182-185.
Idem ibdem, p. 212-217.</sup>

ou estivesse em um patamar de menos importância. Tal ação tem consequências sérias e desastrosas, podendo-se também ser observado com maior clareza no âmbito penal.

Leis penais são criadas sem um mínimo de aprofundamento e análise levando-se em consideração o sistema penal e de forma mais abrangente o ordenamento jurídico como um todo. Em muitos casos, há uma preocupação do legislador de tentar resolver situações que contém uma complexidade latente com soluções simplistas e pontuais, muitas vezes em razão de algum fato grave ocorrido, chamando atenção da sociedade, principalmente através da mídia. Nestes casos, onde rotineiramente há uma cobrança muito forte por parte da sociedade e da mídia, o legislador quer se apressar em apresentar uma resposta a ser dada de maneira rápida, muitas vezes tornando-se precipitada e sem nexo com todo o ordenamento jurídico.

Quando tais fatos ocorrem e o legislador age desta maneira, há somente uma preocupação de tentar tirar de suas costas a responsabilidade sobre o alcance e consequências daquele fato, passando a sensação de ter resolvido todo o problema com a simplista colocação em vigor de mais uma lei penal em desarmonia com o sistema criminal, o que somente servirá para aumentar os conflitos entre direitos no futuro, em casos concretos que irão ocorrer, passando a impressão que tais fatos revestidos de toda sua complexidade, podem ser resolvidos no futuro como em "passe de mágica legislativa", o que na verdade, diverge do mundo real.

Ao poder Judiciário, em sua característica típica de aplicador do direito, tem no princípio da proporcionalidade um de seus principais balizadores, para diante do fato concreto, e fazendo a subsunção do fato à norma, em um primeiro momento, efetuar a ponderação no que tange a interpretação relativa a esta subsunção, para depois, no momento da dosimetria da pena, utilizar novamente o citado princípio, desta vez para dosar, dentro do seu entendimento e livre convencimento motivado, utilizando a margem que tem dentro das fases da dosimetria para graduar a pena, consubstanciado nos elementos fáticos e jurídicos, além do princípio da proporcionalidade.

Resta salientar, que tal princípio tem que ser observado pelo poder judiciário, no que tange as mediadas cautelares, especialmente as prisões processuais provisórias, pois a medida cautelar não poderá mostra-se mais danosa ou mais rígida, do que à medida que se daria ao final do processo, em uma eventual sentença condenatória.

A sociedade apresenta-se como o principal destinatário dos efeitos do princípio da proporcionalidade. Muitas vezes a não adoção ou um entendimento errôneo do princípio da

proporcionalidade no caso concreto, acarretará um prejuízo, em algumas vezes irreparável para a sociedade, entendendo-se assim em algumas vezes como um grupo de pessoas e em outros indivíduos isoladamente considerados. Tal situação ocorre, no momento da colisão de direitos fundamentais individuais com direitos fundamentais da sociedade.

Questão de maior relevância apresenta-se, em casos de cerceamento de liberdade individual, seja através de sentença penal condenatória ou em medida de prisão provisória, colidindo neste plano a liberdade individual com a necessidade das pessoas que vivem em sociedade em viver com segurança. Esta análise terá que ser feita sempre no caso concreto, sendo de altíssima complexidade sua solução, pois caso a decisão seja em detrimento da liberdade individual, tal medida terá que ser bastante consistente, para não exacerbar o cerceamento de sua liberdade individual, e olhando pela outra face, se tal ponderação for equivocada, coloca-se em risco a sociedade como um todo, podendo algum membro desta sofrer consequências danosas e muitas vezes irreversíveis provocada por aquele indivíduo que não teve adequadamente sua liberdade cerceada, tendo como exemplo as ocorrências de delitos de homicídios, latrocínios e roubos.

É necessário esclarecer que o parágrafo acima se refere às circunstâncias relativas à criminalidade grave visível e violenta que atinge diretamente a sociedade. No entanto o exposto acima também se reporta a criminalidade grave invisível, em um primeiro plano sem violência, não tendo à sociedade a visibilidade tão clara quanto à criminalidade visível, no entanto aquela causa danos tão graves ou maiores que esta, pois atinge não somente a sociedade no aspecto da individualidade, mas sim no aspecto coletivo, causando dano extremante nocivos a sociedade como um todo, tendo como exemplo os delitos contra a administração pública, ordem tributária, administração da justiça, entre outros desta espécie.

No momento em que surgir a colisão entre os direitos fundamentais, tais como o direito a segurança versus presunção de inocência, qualquer restrição que se imponha no caso concreto, dependerá da ponderação dos valores em jogo devendo-se aquilatar no momento qual o de maior peso que deve prevalecer.

Antes de qualquer requisito para a utilização da ponderação relacionado ao princípio da proporcionalidade, faz-se necessário que haja um conflito envolvendo bens que tenham relevância, colidindo com princípios e/ou direitos constitucionalmente protegidos.

Para resolução destes conflitos, além de toda técnica jurídica utilizada, englobando também os processos de hermenêutica jurídica, ao lado da ponderação, faz-se necessário outra característica que é o bom senso.

O princípio da proporcionalidade, tem um sentido do justo, um sentido que se aproxima de um dos fins do direito, que é dar a cada um o que é seu. Tal princípio visa primordialmente equalizar, balancear, tanto a colisão, quanto a subordinação de um princípio sobre o outro, procurando evitar que tal princípio seja suprimido ou mitigado em razão desta colisão, não se consubstancie em condições mais excessivas do que o necessário, analisado mediante cada caso em concreto.

Conforme entende Raquel Denize Stumm "A ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas para o conflito de direitos e bens, como se evidencia na prática jurisprudencial." ¹¹⁸

O devido processo legal é o gênero do qual é espécie o princípio da presunção de inocência. Tal princípio veio à tona no Brasil, na Carta Magna de 1988. Durante tal período, o princípio teve uma evolução doutrinária, onde para alguns doutrinadores não se devia mais falar em princípio da presunção da inocência e sim em princípio de estado de inocência ou da não-culpabilidade, expressão a qual remete literalmente a Constituição Pátria vigente.

O direito a imagem esta inserido nos direitos da personalidade, sendo vedada a divulgação de características pessoais de qualquer parte do corpo, não somente a face, incluindo também fotografias, tendo como exceções, se houver autorização de utilização da imagem, já com o fim específico ou no caso da preponderância do interesse público no caso concreto, neste caso afastando ainda a possibilidade de indenização, sendo muitas vezes difícil a distinção deste limite, por figurar muitas vezes em uma zona muito tênue.

O princípio da presunção de inocência apresenta-se como um dos pilares do estado democrático de direito. No entanto, tal princípio é um dos que se pode observar de maneira mais clara esta colisão de direitos fundamentais, principalmente no que concerne a colisão de direitos individuais relacionados ao cerceamento de liberdade, como também em relação ao lapso

¹¹⁸ STUMM, Raquel Denize **Princípio da proporcionalidade no direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2005. p. 77.

temporal do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a possibilidade/impossibilidade da execução provisória da pena, versus o direito da sociedade à segurança.

Tal situação se apresenta como uma das mais complexas que possa envolver a colisão de direitos fundamentais, pois em um mesmo caso concreto, pode estar ocorrendo à colisão dos bens mais preciosos e dos quais irradiam todos os demais, em primeiro lugar a vida, em segundo a liberdade, e em terceiro lugar os direitos da personalidade, dentre eles o direito a imagem, tanto da pessoa que estaria com o direito de liberdade cerceado, pois sua vida, dentro da realidade nacional, corre risco em vários aspectos dentro do sistema prisional, quanto da sociedade, tanto analisando sob a ótica da criminalidade visível e violenta que afeta o indivíduo, quanto da criminalidade invisível e em um primeiro momento não violenta, que afeta a sociedade como um todo.

O princípio da proporcionalidade não propõe a supressão de princípios, ao contrário, sua utilização com parcimônia e bom senso visa fortalecê-los, pois a depender do caso concreto e das condições fáticas e jurídicas, em determinados momentos o mesmo princípio pode preponderar sobre o outro ou vice e versa. Não há uma fórmula matemática e exata para colocar tais situações em caixinhas e busca-las, há sim uma interpretação e análise de cada caso concreto individualmente e pormenorizadamente visando à adequação necessária, dependendo da necessidade daquele momento, visando precipuamente naquele caso concreto à consecução do resultado mais justo possível, com a preponderância daquele bem sobre o outro, naquelas circunstâncias, sem excessos.

O julgador tem no princípio da proporcionalidade um instrumento para até, se assim tiver convencido, ir de encontro a leis injustas e não proporcionais, pois se o mister de julgar fosse automático, máquinas ou robôs poderiam fazê-lo. Encontra o julgador neste princípio um balizador para lançar mãos no momento em que pode ter uma margem para atuar, bem como para fazer com que prepondere um princípio sobre o outro, quando da colisão de bens que representem direitos fundamentais, sem de maneira alguma efetuar julgamentos radicais ou *contra legem*, e sim adequando, dependo da necessidade, de cada caso concreto, e de seu livre convencimento motivado, a preponderância do bem, que naquele momento sobressai como mais importante, analisando as consequências tanto no caráter individual quanto no caráter coletivo que aquela preponderância de bens protegidos constitucionalmente pode acarretar, focando no resultado mais justo de cada situação ocorrida.

Há de se ressaltar que o princípio da proporcionalidade, quando utilizado em decorrência do princípio da presunção de inocência, deve efetuar o balizamento e ponderação da mesma maneira, quando ocorra a colisão de direitos fundamentais, indivíduo *versus* sociedade, tanto quando o caso concreto envolva elementos factuais da violência visível, quanto da violência invisível, conforme exposto acima, da mesma maneira para os mais pobres e também para os mais ricos.

No choque entre a informação jornalística e os direitos da personalidade, dentre eles a imagem, em tese, obedecendo os requisitos acima, deverá prevalecer a informação jornalística, obedecendo alguns requisitos, caso contrário a pessoa terá direito a uma indenização na esfera cível ou também responsabilidade no âmbito criminal, no entanto, isto só poderá ser aquilatado em cada caso concreto.

Pela nossa Constituição não existem direitos absolutos, como também a imprensa não os têm, no entanto até o momento não existe uma delimitação de qual princípio deve preponderar quando, analisando em abstrato, entrar em colisão os direitos e garantias individuais (personalidade, imagem) representado através do princípio da presunção de inocência e a liberdade de imprensa.

Neste aspecto, os princípio e garantias citados acima, quando em colisão, terão que ser observados em cada caso concreto observando-se suas características, importância da informação, sua veracidade, e utilidade pública, tudo isto analisado sob a ótica do princípio da proporcionalidade constitucional.

É certo que a divulgação da imagem e notícias de pessoas investigadas ou que respondam a processo antes do trânsito em julgado atinge frontalmente o denominado princípio da presunção de inocência e tal divulgação ocorre rotineiramente em todo País, excepcionando tal situação se o interesse público prevalecer e se tal informação divulgada caracterizar-se como verdadeira, relevante, indispensável, moderada e não ser tratada de maneira insidiosa, desnecessária para o repasse da informação de forma objetiva, pejorativa e humilhante, sendo tais requisitos examinados em cada caso concreto, nunca somente em abstrato.

No mesmo sentido Gustavo Vargas Quinamo "[...] primordial é observar a dificuldade na mensuração do conceito de abuso. A comprovação dos excessos se faz por meio de julgamentos

extremamente variáveis, manifestando-se como elemento claramente subjetivo, gerando polêmica entre as diferentes interpretações [...]."¹¹⁹

Tal situação é bastante complexa, não somente no Brasil, constituindo em um verdadeiro entrelaçamento jurídico, pois de um lado, está à possibilidade de cerceamento jornalístico, sendo taxada como censura e de outro se encontram os direitos e garantias individuais da pessoa afetando o princípio da presunção de inocência, sendo tal colisão caracterizada por uma enorme dificuldade de resolução, devendo cada caso e suas circunstâncias serem avaliados detidamente.

¹¹⁹ QUINAMO, Gustavo Vargas. ZENKNER, Marcelo. **Presunção de inocência vs liberdade de imprensa: suas implicações no ordenamento legal.** Revista depoimentos, n. 8 p. 65, 2004.

3 ENTRE A DECISÃO JUDICIAL, A NOTÍCIA E A SELETIVIDADE CRIMINAL

3.1 Metodologia e descrição da pesquisa

A metodologia inicialmente utilizada foi alicerçada pela revisão de literatura, concernente ao princípio da presunção de inocência, o exercício da cultura do controle, suas formas, especialmente a exercida pela mídia frente ao citado princípio, abordando também a utilização do princípio da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais.

Este trabalho utilizou ainda o método estatístico/boleana, visando à coleta de dados utilizados nesta pesquisa. 120

Os dados inicialmente colhidos tiveram como fonte primária os inquéritos policais elaborados pela Polícia Civil de Pernambuco, tendo como recorte todos os inquéritos policiais em que houve indiciamentos nos delitos de roubo (criminalidade grave violenta) investigados pela Delegacia Especializada de Repressão ao Roubo, e nos delitos contra a administração pública (criminalidade grave não violenta), investigados pela Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes contra a Administração Pública no ano de 2009, cujos fatos ocorreram na cidade do Recife-PE, perfazendo um total de 57 (cinquenta e sete inquéritos policiais).

A Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes contra a Administração Pública tem como atribuição investigar tais tipos penais, tendo sido analisados 17 (dezessete) inquéritos policiais com 43 (quarenta e três) pessoas indiciadas. Dentro destes inquéritos policiais versando sobre o gênero crimes contra a administração pública, temos como espécies de quantitativo, os seguintes tipos penais: art. 312 CP peculato: 6 (seis); art. 316 CP concussão: 6 (seis); art. 344 coação no curso do processo: 1 (um); art. 337 subtração ou inutilização de livro ou documento: 1 (um); art. 317 corrupção passiva: 1 (um) e art. 313 inserção de dados falsos em sistema de informação: 2 (dois).

A Delegacia Especializada de Repressão ao Roubo tem como atribuição investigar crimes de roubo de maior monta, especialmente crimes cometidos por organizações criminosas e/ou quadrilhas especializadas nesta modalidade, tendo sido analisados 40 (quarenta) inquéritos

¹²⁰ LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico:** procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.162-169.

policiais com 77 (setenta e sete) pessoas indiciadas e encaminhados ao Poder Judiciário. O tipo penal analisado dentro dos crimes contra o patrimônio foi o roubo qualificado em todos os casos.

Resta salientar que, para uma melhor compreensão de como é o observado o princípio da presunção de inocência frente aos casos, não foram observados tais delitos que são inicialmente investigados pelas delegacias distritais de bairros da cidade do Recife e posteriormente encaminhados ao Poder Judiciário, levando-se em consideração que nos casos de crimes contra a administração pública tal número é irrisório e no caso de crimes contra o patrimônio, especificamente o roubo, neste caso de menor monta, ao contrário é um número bastante considerável. Em virtude de tal fato, para haver uma melhor similitude de análise dos dados, foram somente analisados os dados enviados a justiça por estas duas unidades especializadas da Polícia Civil de Pernambuco.

Após a coleta dos dados referentes aos inquéritos policiais acima referidos, utilizou-se a internet, tendo como sistema de busca o site do Tribunal de Justiça de Pernambuco, utilizando como filtro inicial o nome das pessoas indiciadas, procurando todas as pessoas inicialmente indiciadas nos 57 (cinquenta e sete) inquéritos policiais.

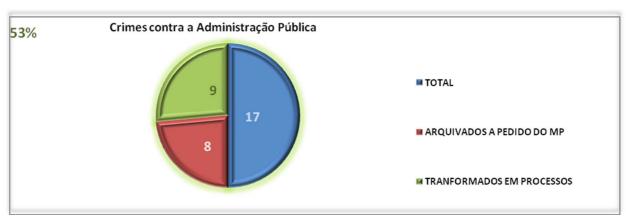
Foi utilizada ainda a internet, através do site de buscas Google, para encontrar e catalogar matérias jornalistas efetuadas antes do trânsito em julgado dos processos das pessoas indiciadas e/ou processadas tanto pelos crimes contra a administração pública, quanto pelos crimes contra o patrimônio, especificamente o roubo, utilizando-se como critério de pesquisa o nome das pessoas indiciadas. Apesar da existência de uma margem de erro nesta pesquisa da internet, evidencia-se que os nomes dessas pessoas bem como as matérias jornalísticas referentes a elas permanecem nas páginas da internet sem haver nenhum controle, nem com relação a suas inclusões, tempo de permanência e posterior controle de retiradas de seus nomes, evidenciando uma constante, permanente e infinita violação ao citado princípio.

Com tais dados coletados, serão analisados os seguintes aspectos: Inquéritos efetivamente transformados em processo, decretação de prisões cautelares, existência de sentença de primeira instância, processos que foram interpostos recursos após julgamento de primeira instância, processos com o trânsito em julgado e inquéritos e/ou processos noticiados pela imprensa, devendo-se considerar o período do ano de 2009, momento em que foram confeccionados inicialmente os inquéritos e o final de 2013, observando-se o estado em que se encontram os processos penais provenientes dos inquéritos policiais.

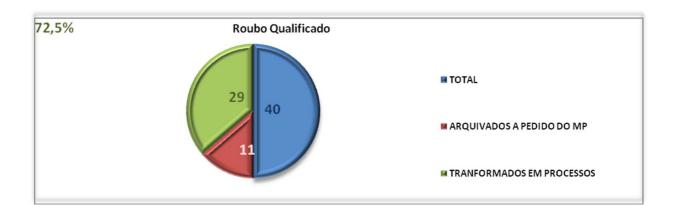
A pesquisa visa analisar a intensidade da mitigação do princípio da presunção de inocência frente aos crimes contra a administração pública, sendo estes integrantes da criminalidade grave não violenta e aos crimes contra o patrimônio, especificamente nesta pesquisa utilizando-se do roubo qualificado, este estando no rol da criminalidade grave violenta.

Ainda, dentro deste cenário, buscou-se analisar se a existência deste princípio apresentase real ou material ou se sua existência apresenta-se como meramente formal ou fictícia.

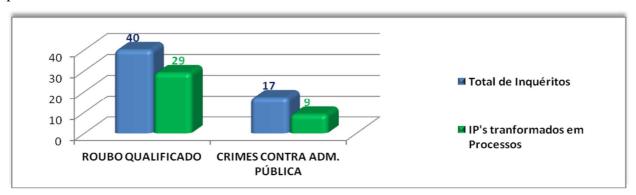
Após o envio para o Poder Judiciário dos inquéritos de crimes contra a administração pública, foram efetivamente transformados em processo 9 (nove) processos criminais dos 17 (dezessete) inquéritos policiais iniciais, sendo tal percentual de 53%. Dentro destes inquéritos que foram transformados em processo, temos os seguintes tipos penais: art. 312 CP peculato: 2 (dois); art. 316 CP concussão: 3 (três); art. 344 coação no curso do processo: 1 (um); art. 337 subtração ou inutilização de livro ou documento: 1 (um); art. 317 corrupção passiva: 1 (um) e art. 313 inserção de dados falsos em sistema de informação: 1 (um). Os 8 (oito) inquéritos policiais restantes, não foram transformados em processo, devendo estes terem sido arquivados a pedido do Ministério Público e ratificados pelo Magistrado competente ao caso.



Após o envio para o Poder Judiciário dos inquéritos de crimes contra o patrimônio, sendo estes somente do delito de roubo qualificado, foram efetivamente transformados em processo 29 (vinte e nove) processos criminais, dos 40 (quarenta) inquéritos iniciais, sendo tal percentual de 72,5%. Dentro destes processos, todos pelo delito de roubo qualificado. Os 11 (onze) inquéritos policais restantes, não foram transformados em processo, devendo estes terem sido arquivados a pedido do Ministério Público e ratificados pelo Magistrado competente ao caso.



Observa-se um percentual maior em procedimentos relativos aos inquéritos policiais transformados em processo em relação aos crimes contra o patrimônio, especificamente roubo qualificado com 72,5%, contra 53% dos procedimentos contra crimes contra a administração pública.



Dentro deste universo de processos criminais, serão analisados os itens referentes às prisões cautelares, a existência de sentença em primeira instância entre o indiciamento até o final de 2013, a interposição de recursos e a ocorrência do trânsito em julgado.

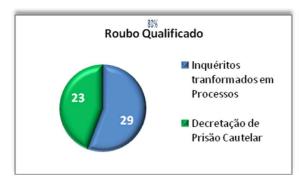
Nos crimes contra a administração pública, dos 17 (dezessete) inquéritos com indiciamento, temos 9 (nove) transformados em processo, destes 2 (dois) tiveram algum tipo de prisão cautelar deferida, o que equivale a 22%. Se tomarmos os 9 (nove) inquéritos já transformados em processo como base, em relação aos 17 (dezessete) inquéritos iniciais,o percentual equivalente a 12%.





Saliente-se que nos 2 (dois) inquéritos em que foram decretadas as prisões cautelares, tratava-se de crimes praticados, preliminarmente, por organização criminosa, havendo uma estrutura piramidal, divisão de tarefas ilícitas e logística, tendo sido utilizado para a investigação a doutrina de repressão qualificada. 121

Nos crimes contra o patrimônio, sendo o recorte neste estudo os delitos de roubo qualificado, dos 40 (quarenta) inquéritos com indiciamentos, temos 29 (vinte e nove) transformados em processo, destes 23 (vinte e três) tiveram algum tipo de prisão cautelar deferida, o que equivale a 80%. Se tomarmos os 23 (vinte e três) já transformados em processo como base, levando-se em consideração os 40 (quarenta) inicialmente coletados, tem-se o percentual equivalente a 57%.





¹²¹ Tipo de investigação policial que congrega a investigação tradicional, somadas a inteligência policial e ao planejamento operacional, através de uma gestão da investigação. Consiste em uma investigação mais aprofundada e pormenorizada com uma maior duração temporal, tendo como requisitos básicos, uma investigação voltada para atuações de crimes cometidos por quadrilhas e/ou organizações criminosas; utilização de instrumentos tecnológicos e uma doutrina de inteligência policial; imprescindível participação do ministério público e do poder judiciário, além de uma doutrina de planejamento operacional. Tem por objetivo identificar e produzir provas lícitas, de qualidade e robustas da atividade delitiva destes indivíduos, tais como suas qualificações e localizações, modo de agir, individualização criminosa, além da materialidade dos delitos praticados.

Ressalte-se que nas prisões cautelares deferidas neste tipo de delito, há tanto investigações inicialmente colocadas como repressão qualificada, ou seja, envolvendo um tipo de criminalidade organizada, como também roubos efetuados sem tal organização, podendo configura-se como quadrilha especializada em roubos.

Neste aspecto, observa-se que há um numero bem superior, tanto absoluto quanto em percentual à decretação de prisões cautelares se comparados os delitos contra a administração pública e os delitos contra o patrimônio, especificamente o delito de roubo qualificado.

Conforme Fernando da Costa Tourinho Filho: "Toda e qualquer prisão decretada que anteceda uma sentença transitada em julgada é, realmente, medida odiosa, medida drástica, uma vez que somente a sentença transitada em julgada é a única fonte legítima para restringir a liberdade pessoal a título de pena. ¹²²

Diante disso, as prisões cautelares processuais, a saber, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de sentença de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, são recepcionadas como sendo Constitucionais, quando tiver o caráter da excepcionalidade e a devida concretude, onde nestes casos não afetaria o princípio da presunção de inocência. 123

Nestes casos, tal medida cautelar restritiva de liberdade, em tese, não teria o condão de infringir a presunção de inocência do imputado, mesmo que haja indícios racionais e materiais do cometimento de um delito, tendo que existir, nesta detenção uma congruência no que tange a um período razoável e devidamente fundamentado no que diz respeito ao lapso temporal de sua necessidade processual. ¹²⁴

Com toda a certeza, a característica e o desdobramento mais acentuado, no que atinge ao princípio da presunção de inocência é a incógnita entre o aprisionamento ou não, do indivíduo antes de ocorrer o trânsito em julgado do processo, pois tal fato, muitas vezes soa como uma incongruência, uma contradição, pois de um lado tal princípio se arraiga de defender veementemente *o jus libertatis* do indivíduo, garantindo assim sua liberdade física, e no outro polo o Estado procura mecanismos de garantir e/ou já aplicar o *jus puniendi*, limitando a liberdade física do indivíduo, invocando, *lato senso* a garantia da sociedade.

¹²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal.** 20. edição. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. p. 462.

¹²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17^a ed.- São Paulo: Atlas, 2005. p. 640-650.

DIZ, Fernando Martín. Presunción de inocencia como derecho fundamental en el âmbito de La unión
 Europea. Revista Europea de Derechos Fundamentales, n. 18. 2º Sem. p. 155.

Como regra geral de tratamento do acusado, enquanto não sobrevier uma condenação transitada em julgado e, por conseguinte não estiver firmada definitivamente a culpa, o acusado há de ser tratado como inocente, mantendo assim sua liberdade física, abarcando, neste contexto a regra durante o processo penal da preservação da liberdade física do acusado.¹²⁵

Segundo Monica Ovinski:

Assim, a prisão imprime o estigma de culpado ao indivíduo que ainda está sendo processado, numa clara afronta ao princípio da presunção de inocência, motivo pelo qual sua aplicação antes da sentença final condenatória deve se reduzir apenas às circunstâncias necessárias, excepcionais e amplamente justificadas. A presunção de inocência não obsta que o indivíduo seja preso antes da sentença final, mas implica determinar que tais prisões obedeçam à disciplina de ser medida cautelar, revestida de caráter de excepcionalidade. 126

Qualquer viés que se percorra, seja o da adoção do caráter absoluto ou o caráter relativo do princípio da presunção de inocência, sendo o suspeito, acusado ou sentenciado com pendência de recurso, com a decretação de qualquer prisão cautelar, é lógico e indubitável que interfere na sua presunção ou no seu estado de inocência, pois a colocação do indivíduo ao cárcere, por si só já macula tal presunção, seja ela através de um estado de flagrância ou em um decreto fundamentado do magistrado, pois para tal realização deste ato, há que se ter, em tese, o *fumus boni iure*, que também pode ser entendido neste caso como a fumaça da concretização do delito e o *periculum in mora*, que pode ser entendido neste contexto como o perigo do indivíduo permanecer em liberdade.

Para tal decreto, é essencial que algumas características fundamentais estejam presentes, tais como: a cautelaridade, no sentido de existir um justo motivo para a decretação daquela medida restritiva de liberdade, no sentido de acautelar uma situação de fato, que se não for deferida, pode acarretar, através de indícios e/ou provas concretas de ocorrer um mal maior, protegendo assim à sociedade e outros indivíduos, se sobrepondo aquele indivíduo que teve restringida sua liberdade; a provisoriedade, pois sua duração não pode ser eternamente ou indefinidamente, tem que estar dentro de um período plausível, até que o motivo de sua decretação tenha cessado e a proporcionalidade, pois haverá de ter a ponderação entre os bens que estão em colisão, devendo preponderar, dentro do caso concreto, aquele que dentro dos motivos fáticos e de direito estiver melhor alicerçado: de um lado o liberdade do acusado e de

.

¹²⁵ CAMARGO, Monica Ovinski. Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p. 257.

¹²⁶ Idem, Ibdem, p. 257.

outro o poder punitivo acautelador do Estado, devendo tal análise ser feita sempre caso a caso, quando o caso concreto surgir.

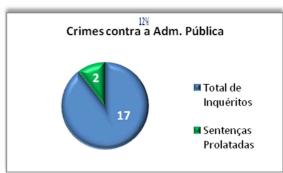
Conforme Renato Barão Varalda:

Não há como reconhecer a ingerência no núcleo essencial da presunção de inocência com o decreto de prisão preventiva em razão da ordem pública, quando há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade de crime organizado, cuja magnitude da lesão acarrete intenso/grave dano social. Nesse caso, a probabilidade da existência do direito de punir (fumus boni iuris) e a insatisfação do direito diante da demora na prestação jurisdicional (periculum in mora), conjugada com a magnitude da lesão social oriunda da gravidade do crime praticado, são elementos que determinam, nestas condições, a prevalência do interesse público sobre o privado. 127

Neste estudo, observa-se que as prisões cautelares apresentaram-se extremamente maiores, quando observou-se os delitos de roubo, e bem menores, no que tange aos delitos conta a administração pública, caracterizando uma maior cautelaridade prisional naqueles delitos graves violentos, em detrimento dos delitos graves não violentos, caracterizando, por conseguinte uma maior segregação daqueles que praticam tais delitos, sendo eles, em regra, menos favorecidos financeiramente que os autores daqueles delitos, conforme abordaremos mais adiante.

Com relação à prolatação de sentenças de primeiro grau nos crimes contra a administração pública, dos 9 (nove) inquéritos que foram transformados em processo, 2 (dois) tinham sentenças prolatadas, o que equivale a 22%. Levando-se em conta os 17 (dezessete) inquéritos iniciais coletados na Delegacia de Repressão a Crimes contra a Administração Pública, este percentual é de 12%.



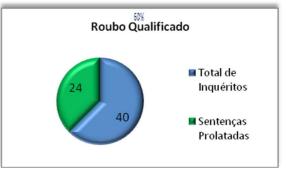


Em relação às sentenças proferidas em relação ao delito de roubo qualificado, dos 29 (vinte e nove) inquéritos que foram transformados em processo, 24 (vinte e quatro) tinham

¹²⁷ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 254.

sentenças prolatadas, o que equivale a 83%. Levando-se em conta os 40 (quarenta) inquéritos inicialmente coletados na delegacia de repressão ao roubo, este percentual é de 60%.





Mais uma vez, observa-se um maior percentual, e consequentemente uma maior celeridade no julgamento, de sentenças proferidas quando se trata de delitos contra o patrimônio, especificamente o roubo qualificado, em detrimento do percentual mais baixo, e consequentemente uma menor celeridade de julgamento, de sentenças proferidas em relação aos crimes contra a administração pública.

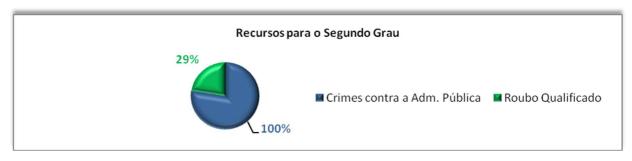
No que tange a impetração de recursos ao Tribunal de segundo grau, em relação aos crimes contra a administração pública, dos 2 (dois) processos que foram proferidas sentenças, os 2 (dois) foram interpostos recursos, fazendo um percentual de 100%. Em relação à interposição de recursos concernentes aos crimes contra o patrimônio, especificamente ao roubo qualificado, dos 24 (vinte e quatro) processos que foram prolatadas sentenças, foram interpostos 7 (sete) recursos ao segundo grau, perfazendo um percentual de 29%.





Neste item, ao contrário dos anteriores, há uma percentual bem maior no que concerne a interposição de recursos ao Tribunal de segundo grau por parte de delitos contra a administração publica, daqueles processos em que foram proferidas sentença de primeiro grau (100%) em

relação à interposição de recursos relacionados ao delito de roubo, em relação aos processos em que houve sentença de primeiro grau (29%). Observa-se que há um maior interesse recursal nos crimes praticados, em tese, por pessoas com um maior poder aquisitivo, propiciando uma melhor defesa processual, em detrimento aos crimes praticados, em tese, predominantemente por pessoas com menor poder aquisitivo, o que será abarcado mais pormenorizadamente no próximo sub ítem deste capítulo.



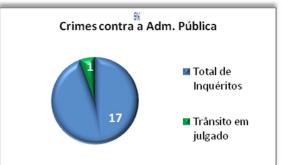
Nesta mesma linha, as sentenças de primeiro grau apresentam-se percentualmente bem maiores nos delitos de roubo, caracterizando uma maior celeridade neste aspecto no que tange a instrução processual, se comparados ao percentual de prolatações das sentenças dos delitos contra a administração pública. Há uma tendência a uma maior elasticidade na instrução criminal nestes tipos de delitos.

Após a sentença de primeiro grau, em um primeiro momento, cumpria-se a literalidade o art. 594 do CPP, que preceituava o necessário recolhimento do sentenciado, ainda com o processo não transitado em julgado para poder apelar, salvo nos casos determinados pelo citado artigo em que o sentenciado poderia apelar em liberdade, tais como: se couber fiança, se o réu for primário e tiver bons antecedentes e se a pena imposta não comportar restrição da liberdade. Não estando dentro deste rol, impunha-se seu recolhimento para poder apresentar o recurso de apelação, o que após a Constituição de 1988, apresentava-se como uma incongruência, por sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência. Neste contexto, atualmente o art. 594 CPP, necessariamente tem que se conjugar com os requisitos da prisão preventiva para, somente nos casos de concretude da necessidade de haver a prisão após a sentença de primeiro grau, é que o sentenciado poderá ser preso, observando-se aqueles requisitos: cautelaridade, provisoriedade e proporcionalidade. Portanto, não mais sendo uma imposição, uma obrigatoriedade tal recolhimento, estando assim tal artigo recepcionado com a Carta Magna vigente (embora haja

posicionamentos que defendem a revogação do citado artigo pela CF 1988), impondo sempre o caráter de excepcionalidade nesta espécie de prisão. 128

No que tange ao trânsito em julgado das decisões, até o final de dezembro de 2013(lapso temporal de 5 (cinco) anos), no que concerne aos crimes contra a administração pública, dos 9 (nove) processos, 1 (um) estava com trânsito em julgado, o que equivale a 11%. Se for levado em consideração os 17 (dezessete) inquéritos analisados inicialmente, o percentual é de 6%.





No enfrentamento a criminalidade, há de se questionar preliminarmente qual tipo de criminalidade se está enfrentando ou se está priorizando e qual a devida punição que está sendo destinada a seus autores, em que lapso de tempo e qual sua eficácia.

Em relação ao trânsito em julgado das decisões, no mesmo período anteriormente citado, relativas aos crimes de roubo, dos 29 (vinte e nove) processos, 20 (vinte) estavam com o trânsito em julgado, o que equivale a 69%. Se for levado em consideração os 40 (quarenta) inquéritos iniciais, o percentual é de 50%.





¹²⁸ CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. p.262-294.

Observa-se que tanto com relação ao número de inquéritos inicias, quanto em relação aos que foram efetivamente transformados em processo, os procedimentos relativos aos crimes de roubo tem um percentual sempre bem mais elevado do seu trânsito em julgado, no período compreendido de 2007 ao final de 2013, se comparados aos procedimentos de crimes contra a administração pública corroborando mais uma vez ao que vem sendo constatado neste estudo, de que naqueles tipos de delitos que compreendem a criminalidade grave violenta, sua tramitação processual apresenta-se mais célere do que os delitos contra a administração pública, que compreendem a criminalidade grave não violenta, bem como aquele tipo de delito apresenta uma baixa impetração recursal, e ainda, quando há o recurso, não obtém, na maioria das vezes sucesso, fazendo com que o princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, cesse mais rapidamente naqueles delitos representados pela criminalidade grave violenta.

Apesar desta constatação, observa-se, que em ambas as tramitações processuais de ambos os delitos estudados, mesmo os que já transitaram em julgados, há um longo espaço temporal de 5 (cinco) anos para que tal fato ocorra, visto que os inquéritos foram iniciados no ano de 2009 e somente alguns processos já se encontravam encerrados no final de 2013, bem como, nos dois exemplos citados, tanto nos crimes contra a administração pública, quanto nos delitos de roubo houveram decretações de prisões cautelares, admitindo o aspecto relativo dados ao citado princípio, no entanto, ficando caracterizado a mitigação e consequente relativização em ambos os casos.

Em relação aos procedimentos noticiados pela mídia, tratando-se dos delitos contra a administração pública, dos 17 inquéritos iniciais, 2 (dois) foram noticiados amplamente, o que equivale a 12%, sendo estes dois procedimentos os mesmos que se tratavam de delitos praticados, em tese, por uma organização criminosa. Com relação aos delitos de roubo, dos 40 (quarenta) inquéritos iniciais, 6 (seis) foram noticiados, o equivalente a 15%.





Note-se que neste tópico da pesquisa, há uma equivalência percentual na divulgação dos procedimentos pela imprensa. No entanto, há que se registrar que nos delitos contra a administração pública apenas os procedimentos de maior monta e praticados, em tese, por uma organização criminosa é que foram noticiados, não sendo da mesma forma os demais.

No que concerne aos procedimentos de roubo, de uma forma até surpreendente, o percentual foi de apenas 15%, porém há de se destacar que, conforme esclarecido anteriormente, os casos objetos de estudo iniciais, foram buscados na delegacia especializada, e portanto, são casos de maior monta, praticados, na maioria das vezes por quadrilhas ou por organizações criminosas, bem mais organizadas em relação a logística, comando e parte financeira ou por quadrilhas, que apesar de não ter esta organização, há um conluio de vários autores para prática do delito.

Observando-se tais dados conclui-se que em relação aos delitos contra a administração pública, mesmo já existindo uma grande cifra oculta, tanto em virtude da pequena estrutura estadual para apuração deste tipo de delito, quanto do seu difícil delineamento, somente é apresentado e/ou há interesse por parte da mídia dos "grandes casos", ficando os demais sem terem esta mesma cobertura por parte da imprensa. Portanto, mesmo nos crimes graves não violentos, em tese há uma menor relativização do princípio da presunção de inocência, no que diz respeito a divulgação dos fatos e suspeitos e/ou acusados por parte da mídia, mas mesmo assim não deixa de haver tal divulgação, mesmo que em menor número. Apesar deste numero reduzido, há de se reconhecer também uma cobertura por parte da mídia sobre casos destes delitos, embora poucos e sem uma sequencialidade se comparados aos casos da criminalidade violenta, mas na prática expondo as pessoas indiciadas/processadas por este tipo de delitos, sendo estas quase que exclusivamente de uma classe social mais privilegiada.

No que tange aos casos estudados de delitos de roubo, no que concerne a divulgação de fatos e suspeitos e/ou acusados pela imprensa, em um primeiro momento do estudo, os resultados se assemelham, percentualmente, a divulgação em relação aos crimes contra a administração pública, embora em número absolutos apresentam-se maiores.

No entanto, há duas importantes diferenças a serem tratadas: a primeira, que mesmo nos procedimentos dos delitos de roubo iniciados na Delegacia Especializada de Repressão ao Roubo, diferentemente da Delegacia de Repressão aos Crimes contra a Administração Pública, os procedimentos que foram divulgados pela mídia tratava-se, além de delitos praticados em tese

por organizações criminosas, também crimes praticados por quadrilha, sem a mesma organização criminosa, somente com atuação da soma de esforços de autores. O segundo aspecto, apresenta-se nos próprios delitos de roubo investigados inicialmente pela Delegacia Especializada, deixando de fora os delitos de roubo de menor monta, praticados cotidianamente pela maioria mais pobre da população, e fazendo com que, estes autores que são em sua maioria investigados pelas delegacias distritais dos bairros e mais ainda frequentemente presos em estado de flagrância pela polícia militar, em seu papel de policiamento ostensivo, apareçam como é notoriamente mostrado nos programas populares chamados de "cobertura policial", conforme explanado em capítulo anterior, e formem a maioria esmagadora da cobertura efetuada pela mídia.

Observa-se que na divulgação pela imprensa em relação aos crimes contra a administração pública, os delitos praticados por um só autor, ou mais autores, mas sem uma maior organização, não foram divulgados pela mídia. Observou-se ainda que nos delitos de roubo, de maior monta investigados pela Delegacia especializada, também houve um reduzido percentual de divulgação pela imprensa.

Ao contrário do que ocorre nos delitos de roubo de menor monta, cotidianamente praticados, em regra pela camada menos favorecida da população, e notoriamente divulgados pela imprensa especializada neste viés. Como exposto em capítulo anterior, apresenta-se como grande nicho midiático, tendo a imprensa um material, até então inesgotável, face à enorme rotatividade de autores mais pobres que praticam este tipo de delito e vão ora sendo contumazes e/ou outros autores apresentam-se, em uma espécie de reciclagem infindável de autores de delitos contra o patrimônio, especificamente o roubo, propiciando uma imensa "matéria prima" para a continuidade dessas matérias apresentadas nestas espécies de programas, dando em sua maioria uma conotação ora grotesca, ora cômica voltada ao deboche, ora visando os autores, ora a vítima, ora qualquer outro ator do sistema criminal, seja Polícia Militar, Polícia Civil (estas em sua maioria), Ministério Público ou Poder Judiciário, passando ainda uma sensação sempre de caos, tendo como exemplo um bordão dito por um apresentador deste tipo programa, chamado de "bronca pesada", anteriormente referido, que é: "tá tudo dominado".

Neste contexto, o princípio da presunção de inocência apresenta-se diuturnamente aviltado, pois no momento em que o ridículo e o deboche passam a ser o norte dado à notícia vinculada pela imprensa, não há que se falar em atendimento e apreciação do princípio da proporcionalidade, muito menos da preponderância do interesse público face aos interesses

individuais. Portanto, embora tal princípio permaneça, de certa forma, menos relativizado nos crimes contra a administração pública e seja muito mais relativizado nos delitos de roubo, nos dois aspectos e casos, o princípio apresenta-se invadido e fragilizado.

Diante deste percentual apresentado neste estudo referente à apresentação pela mídia destes autores, há uma clara predileção pela ampla divulgação de delitos referentes à criminalidade grave violenta, mesmo sendo estes de menor monta, ou seja, praticados sem nenhum tipo de organização e com o a materialidade do crime de reduzido valor, apresentados de maneira notória, embora relacionados com a violência, como é o exemplo do delito de roubos menores, do que a divulgação de delitos de maior monta, tanto referente a crimes contra a administração pública quanto aos delitos contra o patrimônio, especialmente o crime de roubo.

3.2 Fatores da seletividade criminal

Sob o argumento da insegurança social e uma melhor política de segurança, o Estado passa a atacar de frente, de forma bastante veemente as desordens urbanas e alterações da ordem pública, além de criminalizá-las, sem a devida preocupação de diagnosticar as suas causas.

Neste contexto, foi ampliada a tipificação penal para tais fatos ligados a estas desordens, fortalecendo as polícias, tentando buscar no judiciário uma conclusão para tais fatos o mais célere possível, pretendendo dar tais soluções jurídicas em tempo real. Tal aceleração nos procedimentos judiciais, somado a um maior endurecimento das penas, teve como consequência imediata um aumento expressivo da população carcerária.

Nas últimas três décadas, e após a revolução dos direitos civis, segundo Loic Wacquant:

Os Estados Unidos lançaram-se numa experiência social e política sem precedentes nem paralelo entre as sociedades ocidentais do pós-guerra: a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, para o qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas fazem as vezes de política social na extremidade inferior da estrutura de classe étnica."¹²⁹

Neste viés, ocorreu um extremo recuo de programas sociais, que tinha como objetivo amparar as camadas mais pobres da população, através de políticas públicas de auxílio social, reduzindo-se drasticamente os orçamentos governamentais para esta finalidade.

¹²⁹ LOIC, Wacquant. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva).** 3 Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007,p. 86.

Ao mesmo tempo em que ocorria esta mitigação orçamentária social, houve um avanço do Estado penal, na medida em que a rede do Estado caritativo diminuía sensivelmente, aumentando a estrutura do Estado punitivo como forma e solução de conter as desordens causadas pela intensificação da insegurança e marginalidade sociais. Tais ações estavam pautadas em duas diretrizes fundamentais: primeiro, a transformação dos serviços sociais em instrumento de vigilância e controle das categorias que não concordavam com a nova ordem econômica e moral e segundo, uma maciça colocação de maneira sistemática a prisão, confinando estas pessoas consideradas marginais, e consequentemente, gerando uma enorme expansão da estrutura carcerária em todos os seus aspectos.¹³⁰

No início dos anos 60 a sociologia estudava o crime e outras formas de transgressão, bem como os motivos que levavam as pessoas a violarem as normas instituídas, sendo o excessivo uso de álcool e drogas, personalidades voltadas a infringir regras, o meio em que as pessoas viviam, refrente as disparidades que lhes rodeava, sendo fomentado pelo capitalismo exagerado, além de perturbações mentais voltadas a pratica de delitos, causando uma espécie de desorganização social. Neste contexto, o crime transformou-se em um problema que teria que haver pessoas direcionadas a resolvê-lo ou contê-lo, sendo tal aparato caracterizado pelo sistema de justiça criminal, englobando as polícias ostensiva e judiciária, ministério público, judiciário, além do sistema prisional.¹³¹

Com relação às regras, estas podem estar devidamente formalizadas em lei, exercendo toda a força do sistema criminal para impô-las e também regras em seu sentido informal, formatadas pela sociedade decorrentes de costumes e tradições, podendo variar a depender da época determinada, podendo ser identificadas as pessoas que transgridem uma ou outra regra, denominada de outsiders, tendo como conduta primordial a conduta no sentido de uma atuação desviante em relação às regras gerais estatuídas pelo grupo maior que seriam as preponderantes ao senso comum, contestando de maneira veemente os valores que são elencados pelo grupo. 132

De acordo com Howard S. Becker:

Venho utilizando o termo "outsiders" para designar aquelas pessoas que são consideradas desviantes por outras, situando-se por isso fora do circuito dos membros "normais" do grupo. Mas o termo contém um segundo significado, cuja análise leva a um outro importante conjunto de problemas sociais: "outsiders", do ponto de vista da pessoa

¹³⁰ Idem, Ibdem, p. 110-115.

¹³¹ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 9-12.

¹³² Idem ibdem, p.14-17.

rotulada de desviante, podem ser aquelas que fazem as regras de cuja violação ela foi considerada culpada.¹³³

No que tange a seletividade dos delitos, o sistema penal é exercido ao largo da legalidade formal, ocorrendo à seletividade de certa forma, arbitrariamente, em primeiro lugar em virtude de já estar delineado pela própria lei.

Dentro do sistema penal, esta interferência ocorre de certa forma, naturalmente, entretanto, os organismos que compõem o sistema penal apresentam uma capacidade operacional diminuta, se for comparado com a legislação penal formalmente constituída. Nesta esteira, se todos os crimes, sejam eles de maior ou menor potencial ofensivo, fossem devidamente investigados e processados, uma quantidade imensa de pessoas estariam enquadradas em alguma tipificação penal.

Somando-se a tais fatos, ocorre em um grau bastante elevado uma enxurrada de tipificações penais com limites e características difusas, com características valorativas em um âmbito moralista, com ocultações e ambiguidades no núcleo do tipo, debilitando a legalidade penal, bem como acarretando uma desproporcionalidade na quantificação das penas, indo de encontro ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Quando tais fatores ocorrem concomitantemente, há uma desarmonia muito grande em todo sistema penal, e as consequências são sentidas em todos os patamares e em todos os atores que de forma direta ou indireta interagem neste processo.

No âmbito do sistema penal, existem formalmente as garantias penais como princípios, tendo como finalidade precípua balizar e impedir arbitrariedades. No entanto, na realidade concreta, em qualquer lugar do mundo, seja em países desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, sempre ocorrerão violações, sejam elas escancaradas e propositais, sejam elas dúbias em sua subjetividade.

Tal situação ocorre, principalmente pela falta de similitude entre o formal e o real, deixando bem claro este fato quando percebemos que as regras formalmente constituídas não encontram total consonância com a estruturação para realizá-las e/ou respeitá-las, variando este percentual proporcional de País para País, Estado para Estado e Cidade para Cidade, mas sempre insuficiente para abarcar e conjugar em toda sua plenitude. Neste viés, o poder Judiciário assume um papel de tentar reduzir ou atenuar tais violações, utilizando-se de sua estrutura e seus

_

¹³³ Idem, Ibdem, p.27.

instrumentos e institutos jurídicos, sendo constantemente insuficientes para atingir totalmente este desiderato.

Dentro deste panorama, há um direcionamento Estatal, na maioria das vezes chancelada pela maioria da população objetivando prioritariamente a redução da criminalidade grave violenta, tendo que ocorrer a adequação da realização de forma mais ampla possível neste sentido e ao mesmo tempo a garantia de uma violação mínima dos princípios penais, já que a não violação absoluta apresenta-se somente no campo utópico, pelas razões anteriormente expostas.

Conforme aponta Eugenio Raúl Zaffaroni: "Por conseguinte, as garantias devem operar de tal modo que os padrões avancem, o que significa dizer que os princípios penais limitadores devem ser considerados como abertos ou inacabados". 134

Para a convivência desta intrincada equação, é necessário obter um contraponto entre o formalismo do sistema penal e a realidade prática, valendo-se do discurso acadêmico para efetuar concretamente esta contradição através de críticas ao sistema e a propositura de construções jurídicas.

Nas hipóteses de subsunção dos fatos as normas penais, o sistema penal não tem como abarcar a imensurável demanda, ocorrendo às cifras ocultas, pois há uma subnotificação dos casos que percorrem todo o caminho formal até chegar a ser ultimado pelo poder judiciário, não intervindo em vários casos, seja por falta estrutural, seja por inoperância, seja por focar em casos tidos como de maior gravidade e violência.

Com uma visão crítica, Eugenio Raúl Zaffaroni expõe:

Entretanto, o discurso jurídico-penal parece desprezar estes dados, oferecendo um "conceito unitário" de delito, mediante uma complexa elaboração teórica denominada, usualmente, "teoria do delito, que afirma (com algumas variações, conforme o autor) que "delito" é uma ação típica, jurídica e culpável.[...] Neste sentido, "delitos" seriam as condutas conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso, ao passo que, por outro lado, "teoria do delito" é somente o "nomenjuris" de uma parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização. ¹³⁵

A justificação do exercício de poder efetuado pelo sistema criminal ocorre no momento em que pessoas se colocam em um estado de vulnerabilidade que faz com que elas se tornem prioritariamente as primeiras a realizarem ações tipificadas como crime. Neste contexto, a

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 237.

¹³⁵ Idem ibdem, p. 247.

definição desta seleção vai depender do grau de vulnerabilidade destas pessoas a depender do tempo, lugar e classe social a que pertencem, pois por outro ângulo, e por razões distintas, há outros crimes que estão sendo cometidos, em um patamar maior ou menor que sequer entram na primeira etapa do sistema criminal.

Neste sentido, expõe Eugenio Raúl Zaffaroni:

Esta situação de vulnerabilidade é produzida pelos fatores de vulnerabilidade, podem ser classificados em dois grandes grupos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu. O esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do "injusto" é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia. 136

Em uma gama enorme de tipificações penais, seja no código penal, seja em leis esparsas penais, apresenta-se um fenômeno, que é uma tendência a uma maior seletividade no que concerne a uma maior cobrança na apuração da responsabilidade penal de autores que cometem delitos específicos, como também em relação à tramitação processual, no que tange a medidas cautelares, bem como a posterior sentença com as devidas sanções penais, a depender do caso em concreto.

Há delitos que aparecem no topo da criminalidade seletiva, quais sejam: homicídio, latrocínio, roubo, furto, tráfico de drogas e estupro. Tais delitos aparecem como os mais criminalizados do sistema penal e consequentemente os maiores responsáveis pelo maior encarceramento em relação a seus autores, tanto referente a sentenças transitadas em julgado, tanto em relação à decretação de prisões provisórias.

Tal seletividade é fomentada em seus vários níveis, pela sociedade em geral, representada pelas diversas classes sociais, bem como pelos poderes e instituições, tais como o poder executivo, englobando as espécies de polícias (judiciária e ostensiva), as quais enfrentam uma forte cobrança a este tipo de criminalidade grave violenta, o poder legislativo, que de maneira setorizada, amplia tipificações penais ligadas de forma direta ou indireta com tais delitos, não tendo, na maioria das vezes, o cuidado em fazer uma análise sistêmica do ordenamento jurídico em sua amplitude, passando por cima de diversos princípios constitucionais, como por exemplo o

_

¹³⁶Idem ibdem,p.270.

princípio da proporcionalidade constitucional, bem com o poder judiciário, além da mídia de forma geral.

3.3 Criminalidade grave violenta "visível" e a criminalidade grave não violenta "invisível"

Uma característica inerente a tais delitos é a denominação de "criminalidade grave violenta" ou "criminalidade visível e latente", e desta forma, causando a comoção em diversas classes sociais.

No que tange aos delitos contra o patrimônio, merece um destaque especial, pois tais delitos atingem várias classes sociais, no entanto seu maior público alvo são as classes sociais de maior poder aquisitivo e consequentemente um maior poder como formador de opinião, bem como uma maior influência nas várias instituições e poderes acima citados.

Nestes delitos seletivos, observa-se que seus autores podem pertencer a várias camadas sociais, no entanto, há uma preponderância que estes autores pertençam as camadas mais pobres da população. Não que pobreza seja sinônimo de criminalidade, longe disto, mas sim em decorrência de vários fatores relativos às especificidades dos delitos antes mencionados.

Há zonas limítrofes em que pessoas de classes menos favorecidas se encontram, e por um lado, enquanto umas procuram ultrapassar as adversidades de suas vidas com atividades lícitas, outras, por diversos fatores e razões tentam um caminho mais curto para saírem ou minimizarem, mesmo que momentaneamente, uma situação de pobreza, somados a isto o ambiente que vivem, muitas vezes em condições sub humanas, além de reduzida oportunidade e falta de políticas públicas básicas para auxiliá-los, tais como saúde, educação, lazer, oportunidade de profissionalização, etc.

Os delitos acima citados apresentam a violência e a visibilidade material como características básicas, fazendo com isto, que provoquem uma maior comoção quando de suas ocorrências.

Já em relação à criminalidade grave "não violenta e invisível" ocorre o contrário, no que concerne a uma "não violência direta" no cometimento do delito, como também uma invisibilidade inicial, tanto no momento consumativo do delito, quanto na sua materialidade e muitas vezes no delineamento de sua autoria.

Neste tipo de delito, há uma indignação da sociedade, de maneira bastante clara, quando casos específicos vêm à tona e mediante apuração consegue-se chegar à autoria e materialidade de tais delitos, como, por exemplo, os crimes contra a ordem tributária, sonegação fiscal, corrupção. No entanto, não há aquele impacto para a sociedade, tratando-se de sua materialidade, quando comparada a materialidade plástica e imediata de um homicídio ou latrocínio.

Resta salientar que, enquanto nos delitos graves violentos e "visíveis" ocorre uma preponderância de seus autores pertencerem a camadas mais pobres da população, nos delitos graves "não violentos e invisíveis", ocorre uma inversão neste sentido, havendo uma quase que exclusividade de seus autores pertencerem a classes sociais de maior poder aquisitivo.

As pessoas sentem e levam em consideração o ambiente e as outras pessoas com as quais convivem, levando em consideração os fatos que ocorrem em sua volta, e a depender da conduta que tiverem decidido fazer, poderá acarretar em um prognóstico mental do que provavelmente irá ocorrem, bem como quais as consequências dos seus atos. Após tal reflexão e ponderação, por mais difícil e complexa que possa parecer, levando-se em conta a realidade vivida por cada um, haverá um ajustamento na decisão que poderá ser a de trilhar o caminho criminoso, objetivando encarar o risco e buscar a tentativa de burlar e/ou desviar de todas as formas a ação do sistema criminal como um todo, ou escolher o caminho de não praticar crimes em virtude do temor em ser descoberto e correr o risco de sofrer sanções, ou através do livre arbítrio resolver voluntariamente não praticar tais crimes.¹³⁷

Enquanto a "criminalidade grave, violenta e visível" há uma percepção clara e latente quanto ao momento em que o delito se consuma e sua materialidade, a "criminalidade grave não violenta e invisível" conta com a clandestinidade no momento do delito, tornando-a, em uma certa ótica, "invisível" (pelo menos naquele momento), no que tange a atos criminosos praticados.

Embora os delitos tidos como graves e violentos sejam mais impactantes em relação a sua plasticidade concreta, os delitos "graves não violentos" tem uma influência enorme naqueles, pois influenciam de maneira indireta no fomento daqueles delitos, praticados preponderantemente por pessoas de menor poder aquisitivo. No momento em que licitações são fraudadas, atos corruptos são praticados, desvios de verbas públicas são efetuados, sonegações são praticadas, de

_

¹³⁷ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008. p.183.

forma indireta fazem um ponto de interseção com aqueles delitos, onde recursos que seriam destinados à saúde, educação, segurança e políticas públicas em geral são dilacerados, não chegando a seu destino final, barrando a possibilidade de dar melhores condições de vida e novas oportunidades as pessoas das camadas mais pobres da população. É claro que tais aspectos devem ser levados em conta os fatores culturais, educacionais, religiosos, geográficos, políticos, etc. de cada localidade, sendo o aspecto financeiro somente mais um a analisar, apesar de em nosso País este ser um fator que pesa sobremaneira nas espécies de criminalidade.

Tais delitos, observando por este prisma, são igualmente ou mais danosos, que os "delitos graves violentos", pois apesar de sua face "invisível", atua de maneira decisiva e silenciosa no fomento ao cometimento dos delitos tidos como graves e violentos, especialmente sobre aquelas pessoas que vivem em situações limítrofes, entre o lícito e o ilícito, conforme citado anteriormente.

Há de aquilatar a prevalência do interesse público e a relativização do princípio da presunção de inocência, observando-se sempre os critérios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade, buscando-se uma maior amplitude da capacidade funcional do Direito Penal e Processual Penal, visando obter meios mais eficazes face à criminalidade, seja ela grave violenta ou não violenta, sendo esta de maior complexidade, no entanto, sem abdicar da observância dos direitos fundamentais. 138

Há uma tendência a uma maior relativização do citado princípio nos "crimes graves violentos", tanto no âmbito do deferimento de medidas cautelares, especialmente as prisões provisórias, quanto aos direitos individuais e suas garantias, no momento em que ocorre um conflito deste com outros direitos constitucionais e é utilizado o princípio da proporcionalidade constitucional ao caso em concreto para fazer esta ponderação, utilizando-se de seus elementos: idoneidade, através do qual é realizada uma avaliação empírica e uma apreciação qualitativa; necessidade, para a escolha da medida menos lesiva e a proporcionalidade em sentido estrito, para uma apreciação da proporcionalidade dentro de uma racionalidade axiológica, avaliando-se se há uma escolha valorativa para o sacrifício de certos bens ou interesses a favor da satisfação de outros, tudo isto dentro de uma margem de escolha.

_

¹³⁸ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p.200-206.

Por outro lado, há uma tendência de menor relativização, do citado princípio aos crimes "graves, não violentos e invisíveis", em um primeiro momento pela ausência de "violência", além da ausência de uma plasticidade mais forte no que tange a visualização dos atos deste tipo de delito, além de seus frequentes autores pertencerem a uma camada mais privilegiada financeiramente, fazendo com que tenham acesso a melhores advogados e assim utilizando-se de todas as instâncias do poder judiciário para exercer toda sua "ampla defesa", alicerçados em todos os recursos legalmente existentes até o trânsito em julgado de uma possível decisão condenatória.

Ocorre um olhar diferenciado na adoção do caráter relativo ou absoluto do citado princípio, a depender do crime, seja ele "grave violento e visível" ou "grave não violento e invisível". Mesmo quando se considera a relativização deste princípio, observa-se que mesmo em casos onde este se fortalece, quando os indício e provas são fracas, ou se enfraquece, quando as provas vão ficando mais robustas e contundentes dentro da investigação e posteriormente na instrução criminal, a depender do tipo de criminalidade que está sendo apurado, ocorre um tratamento de maneira disforme, acarretando um desnivelamento, relativizando o princípio mais naqueles crimes "graves violentos" e encarando o princípio de modo mais absoluto nos crimes "graves não violentos".

Neste sentido Renato Barão Varalda:

O caráter relativo da presunção de inocência remete ao campo da prova e à sua capacidade para desvirtuar a sua presunção. Há assim distinção entre a relativização da presunção de inocência sem prova, que é inconstitucional e, com prova, constitucional, baseada em dedução de fatos demonstrados de uma mínima atividade probatória. 139

No que pese as afirmações efetuadas acima, mesmo encarando o princípio de modo mais absoluto nos delitos "graves e não violentos", estes também mitigam o citado princípio, embora em menor escala e número de vezes, apresentando-se neste caso e no acima citado, a mídia um dos principais instrumentos para a mitigação e por vezes a violação completa deste princípio.

¹³⁹ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: **prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. p.67.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Missão precípua do direito é a consolidação da segurança com a justiça, sendo esta, analisada sob o âmbito formal, prolatada através de sentença transitada em julgado, com certeza, maior celeridade possível, a depender da complexidade do caso em concreto, visando atingir o máximo do conteúdo de verdade plausível.

Essencial tentar buscar sempre, especialmente no âmbito penal, a verdade real, mesmo reconhecendo que a verdade cristalina em sua essência apresenta-se como utopia, sendo esta impossível de ser totalmente descortinada em sua plenitude, pois quando se diz que foi trazido para o processo a verdade dos fatos, nada mais é do que a verdade de uma interpretação de versões dos fatos. A busca de evidências e provas materiais e técnicas podem ajudar a se chegar o mais próximo possível de uma interpretação da verdade plausível, o que neste sentido dialoga diretamente com o princípio da presunção de inocência, sendo este processo formalmente demasiadamente ampliado pelos trâmites processuais vigentes.

Se houver mácula no início deste processo, fatalmente os desdobramentos posteriores ficarão desvirtuados, como também uma tentativa de obscurecer ou fraudar a interpretação de verdade plausível no meio do caminho, o que acarretará fatalmente, a não obtenção da justiça, em seu âmbito formal. A interpretação desta verdade plausível tem que ser procurada e regada incessantemente do início ao fim do procedimento, pois ela apresenta-se como essência da qual irradia todos os efeitos e desdobramentos que se seguirão, especialmente com que concerne ao juízo de inocência ou culpabilidade do indiciado e/ou acusado.

Neste aspecto, ocorre uma confluência no que tange aos aspectos filosóficos de verdade, bem como a verdade plausível e possível, devendo ser perseguida no caso em concreto, pois não existe uma verdade absoluta em relação aos fatos concretos ocorridos, pois tais fatos não conseguem ser materializados totalmente dentro do processo, isto ocorre de maneira parcial, bem como a verdade apresenta-se como verdade da versão dos fatos, dependendo ainda de interpretações quanto a versão apresentada relativa ao fato concreto ocorrido.

A análise e aplicabilidade desta verdade plausível com suas interpretações, apresenta-se como o substrato do princípio da presunção de inocência, pois desde a antiguidade, onde tal princípio não existia e era entendido as avessas, até a o surgimento e consagração de maneira implícita na Constituição de 1988, a perseguição da verdade plausível processual, materializada

através dos indícios e provas elencados, na maioria das vezes, dentro do inquérito policial e posteriormente no processo penal, através de sua interpretação, é que dará o direcionamento, fortalecimento ou enfraquecimento do princípio, influenciando em sua mitigação face a criminalidade, desde decisões cautelares até decisões definitivas com seu trânsito em julgado.

Neste caminho, encontra-se frequentemente a colisão de direitos fundamentais, sendo necessário e essencial à utilização do princípio da proporcionalidade, pois este não propõe a supressão de princípios, ao contrário, sua utilização com parcimônia e bom senso visa fortalecêlos, pois a depender do caso concreto e das condições fáticas e jurídicas, em determinados momentos o mesmo princípio pode preponderar sobre o outro ou vice e versa. Não há uma fórmula matemática e exata para colocar tais situações em caixinhas e buscá-las instantaneamente, há que perseguir sim, uma interpretação e análise de cada caso concreto individualmente e pormenorizadamente visando à adequação necessária, dependendo da necessidade daquele momento, visando precipuamente naquele caso concreto à consecução do resultado mais justo possível, com a preponderância daquele bem sobre o outro, naquelas circunstâncias, sem excessos.

Há de se ressaltar que o princípio da proporcionalidade, quando utilizado em decorrência do princípio da presunção de inocência, deve efetuar o balizamento e ponderação da mesma maneira, quando ocorra a colisão de direitos fundamentais, indivíduo *versus* sociedade, tanto quando o caso concreto envolva elementos factuais da criminalidade grave violenta e visível, quanto da criminalidade grave não violenta e invisível, conforme exposto em capítulo acima, da mesma maneira, de modo uniforme tanto para os mais pobres, quanto para os mais ricos.

O princípio da presunção de inocência, tratando-o de forma relativizada e não absoluta, concretamente, apresenta a possibilidade de no decorrer da tramitação do processo criminal, tal princípio se enfraquecer ou se fortalecer em cada caso concreto, dependendo da maior robustez ou maior fragilidade dos elementos probatórios elencados, onde na primeira hipótese estaria mais propenso a caminhar para uma sentença condenatória, enquanto na segunda hipótese estaria mais propenso para o desfecho de uma sentença absolutória.

A pesquisa teve como ponto de partida o ano de 2009, na cidade do Recife, utilizando inicialmente os inquéritos policiais com indiciamentos, sendo utilizados os procedimentos efetuados inicialmente pela Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes contra a Administração Pública, em relação à criminalidade grave não violenta e os procedimentos

efetuados inicialmente pela Delegacia Especializada de Repressão ao Roubo, em relação à criminalidade grave violenta, sendo analisados 17 (dezessete) inquéritos policiais relativos aos crimes contra a administração pública e 40 (quarenta) inquéritos policiais referentes ao delito de roubo. Após tais dados iniciais, através do site do tribunal de Justiça de Pernambuco foram identificados os inquéritos transformados em processos, buscando pelos nomes das pessoas. Através do site do Google, estes mesmos nomes foram procurados em relação a matérias jornalísticas referentes aos fatos relacionados aos inquéritos e/ou processos.

Dentro deste contexto foram analisados os seguintes aspectos: Inquéritos efetivamente transformados em processo, decretação de prisões cautelares, existência de sentença de primeira instância, processos que foram interpostos recursos após julgamento de primeira instância, processos com o trânsito em julgado e inquéritos e/ou processos noticiados pela imprensa.

No que tange aos aspectos dos inquéritos policiais transformados em processo, decretação de prisões cautelares, existência de sentença condenatória de primeira instância e processos com o trânsito em julgado, a pesquisa demonstrou que, nestes aspectos sempre houve um percentual bem maior nos procedimentos que envolviam os crimes de roubo, sendo estes graves e violentos em comparação aos crimes contra a administração pública, sendo estes graves e não violentos, ocorrendo uma mitigação bem maior do princípio da presunção de inocência, relativizando-o de forma mais veemente nos crimes analisados de roubo, ou seja, delitos graves e violentos. Neste diapasão, neste estudo em números tanto percentual quanto absoluto dos procedimentos relativos ao delito de roubo prevaleceu a indicação sempre na direção de uma maior mitigação do princípio, quanto em uma diminuição temporal de sua existência, isto quando comparados aos mesmos procedimentos pertinentes aos crimes contra a administração pública.

De maneira oposta, quando se observa a impetração de recursos ao Tribunal de segundo grau, ocorreu uma inversão nos números percentuais anteriormente citados, pois há um percentual bem maior no que concerne a interposição de recursos ao Tribunal de segundo grau por parte dos procedimentos referentes aos delitos contra a administração publica, daqueles processos em que foram proferidas sentença de primeiro grau em detrimento à interposição de recursos relacionados ao delito de roubo. Observa-se uma menor mitigação ao princípio da presunção de inocência nos delitos contra a administração pública, ou seja, graves e não violentos, demonstrando um maior interesse e uma maior amplitude de sua defesa processual.

Em relação aos procedimentos noticiados pela mídia, tratando-se das matérias jornalísticas referentes aos delitos contra a administração pública e aos delitos de roubo, observa-se um resultado, até certo ponto surpreendente, neste ângulo, ocorre uma equivalência percentual na divulgação dos procedimentos pela imprensa. No entanto, conforme explanado no terceiro capítulo do segundo item, deste percentual apresentado neste estudo referente à apresentação pela mídia destes supostos autores de delitos, há uma tendência enorme pela ampla divulgação de delitos graves e violentos, apresentados de maneira notória, a exemplo do delito de roubo de menor monta, em virtude de uma matéria prima até o momento inesgotável: grande quantidade de pessoas de menor poder aquisitivo praticando grande quantidade de delitos de menor monta, embora graves e violentos, como o roubo. Portanto, embora tal princípio permaneça de certa forma, menos mitigado e consequentemente menos relativizado nos crimes contra a administração pública e seja muito mais mitigado e relativizado nos delitos de roubo, nos dois aspectos e casos, o princípio apresenta-se, de toda forma, mitigado e relativizado, apesar do grau diferente de mitigação a depender do delito.

A seletividade dos delitos, no que concerne a atuação dos atores do dispositivo criminal, são corroborados, influenciados e incentivados, desde a atuação das polícias ostensivas e judiciárias, até o poder judiciário, tendo uma contribuição decisiva para tal seletividade da própria população, que de maneira às vezes inconsciente também direciona os tipos de delitos que entendem serem mais danosos e importantes para serem mais criminalizados e portanto mais perseguidos, tanto no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois a sociedade como um todo, tem uma percepção mais imediata, onde tais delitos os atingem de maneira mais direta e o fato de serem plasticamente mais violentos, provocando assim maior clamor público de modo mais instantâneo. Somando-se a isto, a mídia apresenta um forte teor seletivo, seja em todos os tipos de meios de comunicação, desde os informais, através, por exemplo das mídias sociais, passando pelos programas populares de cobertura policial, até os demais, e a depender do interesse comercial, político, ou outros, também fazem seu próprio direcionamento, exercendo um poder de cobrança muito forte, e as vezes de maneira manipuladora, apresentando-se como um verdadeiro tribunal informal.

Portanto, em relação ao tema abordado, mesmo considerando-se a adoção mais absoluta ou relativizada, caracterizando necessariamente uma maior ou menor mitigação do princípio da presunção de inocência a depender tipo de criminalidade, somando-se ao poder que a mídia

exerce sobre tal situação, hodiernamente tal princípio apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro, muito mais de forma meramente formal, sendo encarado como princípio da não culpabilidade, cabendo a tal princípio um papel preponderantemente fictício juridicamente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, tradução Virgílio Afonso da Silva.

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. [s.l.]: Bocc-ubi, 2003. Disponível em www.bocc.ubi.pt/pag/Batista.nilo.midia.sistemapenal.pdf. Acesso em 12/11/2013 BATISTA, Ovidio. Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006

BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. 2.ed. rev. Rio de Janeiro:Jorge Zahar ed., 2009.

BECCARIA, Cesare, Dos delitos e das penas. Bauru-SP: Edipro, 1997.

BECKER, Howard Saul.**Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Woorkshop organizado pela 2ª câmara criminal do MPF sobre os panoramas da execução provisória nos ordenamentos nacional e estrangeiro**. São Paulo: MPF, 2009. Disponível em : http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/167/2/. Acesso em 27/05/2012.

BRASIL.Senado Federal. **Proposta de emenda constitucional nº 15/2011**. Brasília:DSF, 2011. Disponível em : http://www.senado.gov.br/atividade/matéria/detalhes.asp?p_cod_mate=99758. Acesso em : 02/06/2012.

BULUS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANAS, Vitalino. **Proporcionalidade** (**Princípio da**) . Dicionário da Administração Pública, v. 4, 1994. p. 22.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed.. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso a Justica. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1998. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de Direito penal e Processo Penal.** Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2010.

DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo.** [s.l.]:eBooksBrasil, 2003,p.39. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/socespetaculo.html. Acessado em 12/11/2013.

DIDIER JR, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil.** 3.Salvador: ed. Jus Podium, 2008. v.2. DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^a . São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

DIZ, Fernando Martín. **Presunción de inocencia como derecho fundamental en el âmbito de La unión Europea**. Revista Europea de Derechos Fundamentales. n. 18. 2° Semestre, 2011. FONSÊCA, Mariana Guedes Duarte da. **Mídia, criminalidade e direitos humanos: Uma breve análise a partir do programa bronca pesada.** Revista idéia nova. Ano 8, n. 4, jun./dez.,2010. . Disponível em: http://www.ufpe.br/ccj/images/folder/revista.pdf. Acesso em 12/11/2013.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Ed., 2002.

Em defesa da	Sociedade: curso ne	o Collége de France	e (1975-1976). São
Paulo: Martins Fontes,1999. (coleção	tópicos).		

	e Punir	-	da	prisão.	38.	Ed.	Petrópolis,	RJ:	Vozes,
2010.									

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Revan, 2008

GIL, Antonio Carlos, 1946. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime.** O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001.

KANT, Emmanuel. **Da utilidade de uma nova crítica da razão pura:** resposta a Eberhard. São Paulo: Hemus, 1975.

KELSEN, Teoria Pura do direito. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOIC, Wacquant. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva).** 3ª ed. Ver. Amplia. Rio de Janeiro: FREITAS BASTOS, 2007.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas:Bookseller, 1997. v. 1

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTORO, André Franco, **Introdução à ciência do direito**. 25ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e custos do direito.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, nº. 20, outubro de 2007. Disponível em: HTTP://www.ufsc.br/sites/default/files.Acesso em 25/01/2014

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

QUINAMO, Gustavo Vargas. ZENKNER, Marcelo. **Presunção de inocência vs liberdade de imprensa: suas implicações no ordenamento legal.** Revista depoimentos, n. 8 p. 65, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Da liberdade de expressão ao direito à comunicação.** Direitos Fundamentais e Justiça. n. 10, jan./mar., 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 23. Ed. São Paulo:Saraiva, 2004. 2v.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Carlos Aurélio da Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico.** São Paulo, 1996.

STUMM, Raquel Denize **Princípio da proporcionalidade no direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: ed. Livraria do advogado, 2005.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocência y prueba em El proceso penal**. Madri: La Ley, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20. edição São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

VARALDA, Renato Barão. Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.