

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDSON LUIZ FACCHI JUNIOR

**PROCESSO PENAL COMO ESPETÁCULO MIDIÁTICO E A NECESSIDADE DO
RESGATE DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ACUSADO**

**CURITIBA
2022**

EDSON LUIZ FACCHI JUNIOR

**PROCESSO PENAL COMO ESPETÁCULO MIDIÁTICO E A NECESSIDADE DO
RESGATE DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ACUSADO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros

CURITIBA

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

EDSON LUIZ FACCHI JUNIOR

PROCESSO PENAL COMO ESPETÁCULO MIDIÁTICO E A NECESSIDADE DO RESGATE DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ACUSADO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER.

Orientador: Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Membros:

Prof. Dr. Fabio da Silva Bozza - Universidade Federal do Sul da Bahia – UFSB – Avaliador externo

Prof. Dr. André Peixoto de Souza - Centro Universitário Internacional – UNINTER – e Universidade Federal do Paraná – UFPR – Avaliador

Curitiba, 21 de março de 2022.

*A Deus, à Suzana e à Duda.
Aos meus pais, Geovana e Edson.*

AGRADECIMENTOS

“Só há felicidade se não exigirmos nada do amanhã e aceitarmos do hoje, com gratidão, o que nos trouxe”. Hermann Hesse, brilhante escritor alemão, estava certo. E o hoje me trouxe à lembrança pessoas. Pessoas que foram importantes durante o penoso caminho que é a escrita da dissertação. E eu não poderia deixar de agradecer essas pessoas. E hoje.

Agradeço Àquele que tudo faz tornar possível, por possibilitar a realização de mais esse sonho. Porque Dele, e por Ele, e para Ele são todas as coisas.

À minha casa: Suzana, com quem divido os últimos 13 anos da minha vida. Por suportar esse tempo com amor. E à Duda, por ser minha fortaleza para vencer tudo.

Aos meus pais, Geovana e Edson, por abdicarem de suas próprias vidas para proporcionar estudo para todos os filhos. Porque investiram e acreditaram. Porque oportunizaram a minha formação. A vocês, devo tudo.

Aos meus irmãos, Jacqueline, Giovanni e Izabela. Quando perto e quando longe, sempre me motivam a prosseguir.

Aos amigos: são poucos e eles sabem quem são.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros, pela paciência, dedicação, competência, reflexões críticas, por todas as contribuições – sem elas, nada disso teria saído do papel – e, principalmente, pela moderação. Fruto da moderação, sobressai o sentido e a tranquilidade de seus ensinamentos. Aliás, como disse, certa vez, Confúcio, quem se modera, raramente se perde.

Ao Prof. Dr. André Peixoto de Souza, pelos livros – não os devolvi até hoje - e pelas conversas nos corredores do TJPR, em dias de julgamentos criminais, e nos cafés, nos finais de tarde. Obrigado pelo incentivo em ingressar o PPGD da UNINTER.

Aos demais professores que compõem o PPGD da Uninter: Prof. Dr. Daniel Ferreira, Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Profa. Dra. Andreza Cristina Baggio, Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig, Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Prof. Dr. Martinho Martins Botelho, Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha e Prof. Dr. Walter Guandalini Junior, pelo aprendizado e pela contribuição nesta pesquisa.

O hoje me traz gratidão. Gratidão por vocês.

RESUMO

A partir da doutrina sobre Poder, Estado e Jurisdição, o presente estudo tem por finalidade refletir sobre a atuação da mídia na cobertura jornalística de casos penais e os seus reflexos no processo penal em um contexto de Estado Social Democrático de Direito. Para tanto, estudou-se, a partir do método analítico-dedutivo com a pesquisa bibliográfica acerca da literatura pertinente à cobertura midiática do processo penal, acerca do papel do judiciário no contexto democrático e na busca na efetivação dos direitos fundamentais. Em específico a realidade brasileira reflete-se aqui sobre a cobertura midiática nos casos de escândalos políticos em especial o da Lava-Jato (2014/2021). A hipótese verificada no presente estudo é que na sociedade atual, a chamada sociedade do espetáculo, a lógica do processo penal se subverte objetivando lucro, e que os direitos fundamentais se esvaem quando o processo é espetacularizado pelos meios de comunicação de massa. Consequentemente, há a interferência nas decisões judiciais que, em verdadeiros discursos para atender a opinião pública, rompem com o princípio da imparcialidade do juiz, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência. O resgate desses princípios e a concretização de um verdadeiro sistema processual acusatório, com limites na Constituição Federal de 1988, é uma ação que se torna emergencial para a democracia e os valores constitucionais.

Palavras-chave: Teoria do Estado. Estado Social e Democrático de Direito. Ativismo judicial. Sociedade do Espetáculo. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Based on the doctrine of Power, State and Jurisdiction, the present study aims to reflect on the role of the media in the journalistic coverage of criminal cases and its effects on criminal proceedings in a context of a Social Democratic State of Law. In order to do so, it was studied, from a bibliographical research, the literature pertinent to the media coverage of the criminal process, about the role of the judiciary in the democratic context and in the search for the realization of fundamental rights. Specifically, the Brazilian reality is reflected here on the media coverage in cases of political scandals, especially Lava-Jato (2014/2021). The hypothesis verified in the present study is that in today's society, the so-called society of the spectacle, the logic of criminal proceedings is subverted with the aim of profit, and that fundamental rights disappear when the process is spectacularized by the mass media. Consequently, there is interference in judicial decisions that, in true speeches to meet public opinion, break with the principle of impartiality of the judge, contradictory, ample defense and presumption of innocence. The rescue of these principles and the implementation of a true accusatory procedural system, with limits in the Federal Constitution of 1988, is an action that becomes an emergency for democracy and constitutional values.

Keywords: State Theory. Social and Democratic State of Law. Judicial activism. Spectacle Society. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	01
2 A COBERTURA MIDIÁTICA DO PROCESSO PENAL E O ATIVISMO JUDICIAL	04
2.1 O princípio da publicidade dos processos x imparcialidade do julgador	04
2.2 A mídia e o processo penal na prática	08
2.3. O Constitucionalismo e a separação de poderes	17
2.4 A transição do Estado Liberal ao Estado Social	21
2.4.1 <i>Estado Social, Estado Constitucional e a judicialização das questões sociais</i>	29
2.5 O ativismo judicial como supressor de garantias fundamentais no processo penal	34
3 A MÍDIA NA LEGITIMAÇÃO DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	39
3.1 A mídia como quarto poder	39
3.2 A exploração através da imagem na era da indústria da informação: a sociedade do espetáculo	45
3.3 A consequência nefasta: o protagonismo do Poder Judiciário em resposta aos reclamos dos telespectadores	48
3.4 O espetáculo que mitiga direitos individuais para satisfazer o público	51
4 O ESPETÁCULO REPRODUZIDO PELA MÍDIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	60
4.1 O Estado que deve ser de Direito e o sistema que deve ser acusatório	60
4.2 As decisões judiciais conforme a opinião pública	66
4.3 A necessária função contramajoritária do Poder Judiciário: a busca da efetivação dos direitos fundamentais	73
4.4 O desfecho da operação Lava-Jato e a necessidade do resgate dos direitos fundamentais	77
5 CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é refletir sobre a midiaticização dos processos penais ao se tornarem um espetáculo midiático em detrimento a garantia dos direitos fundamentais nos processos conforme tenciona o Estado Democrático de Direito. Em específico a realidade brasileira, iremos refletir sobre a cobertura midiática em escândalos políticos, em específico o da Operação Lava-Jato (2014/2021).

É importante destacar que esta dissertação compõe o grupo de pesquisa “Direito, História e Poder Judiciário” vinculado ao Programa de Pós-graduação de Direito (PPGD) da Uninter. O objetivo do grupo é a partir do uso de referenciais teóricos das áreas das ciências sociais e do direito elaborar pesquisas que analisam o impacto dos aspectos sociais, políticos e históricos sobre a formação, sobre a aplicação da norma e a atuação do poder judiciário no Brasil. Tais pesquisas aderem a aportes teóricos-metodológicos oriundos da filosofia política, da teoria política e da teoria do direito que compreendem a linha de pesquisa “Teoria e História da Jurisdição”. A reflexão empreendida neste estudo relaciona-se a área de concentração Poder, Estado, Jurisdição do PPGD/Uninter. Isso porque se propõe investigar os três conceitos arrolados acima de modo articulado no tratamento sobre os efeitos da cobertura jornalística no desenrolar dos processos penais frente à garantia dos direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional.

No Brasil na última década o escândalo político denominado Operação Lava Jato (2014/2021) foi mencionado na produção de mais de trinta mil matérias jornalísticas até 2016, envolvendo, reportagens, editoriais, colunas, artigos e manifestações de leitores. Pode-se presumir que neste caso a mídia brasileira buscou trazer para si o controle da publicidade do escândalo político, revelando passo a passo os desdobramentos da Operação Lava Jato. O foco nesta dissertação parte de algumas indagações. A publicidade exagerada dos processos penais quando divulgados pelos meios de comunicação em massa, influenciam na produção da prova, na decisão do juiz e no processo penal como um todo? Qual a repercussão da publicidade do processo penal sobre a

testemunha e sobre a opinião pública?

Nesta dissertação argumenta-se que os princípios da publicidade do processo penais e o da imparcialidade do julgador, são consagrados na Constituição Federal de 1988. No entanto, verifica-se aqui a hipótese de que no Brasil a cobertura midiática de casos penais contribui para os fenômenos do ativismo e do protagonismo do poder judiciário brasileiro. Além disso, a alta publicidade exercida pela mídia sobre os processos penais contribui para o espetáculo do entretenimento da opinião pública e para a contaminação da imparcialidade do julgador. A interferência nas decisões judiciais está que os julgadores proferem discursos para atender a opinião pública, rompem com o princípio da imparcialidade do juiz, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência. O resgate desses princípios e a concretização de um verdadeiro sistema processual acusatório, com limites na Constituição Federal de 1988, é uma ação que se torna emergencial para a democracia e os valores constitucionais.

Para atingir o objetivo proposto estudou-se, a partir do método analítico-dedutivo com a pesquisa bibliográfica acerca da literatura pertinente à cobertura midiática do processo penal, acerca do papel do judiciário no contexto democrático e na busca na efetivação dos direitos fundamentais. O capítulo inicial trata sobre o princípio da publicidade dos processos frente à imparcialidade do julgador em um modelo jurídico de Estado adotado pelo Brasil: o constitucionalismo, efetivando-se, cada vez mais, os direitos individuais insculpidos na Constituição Federal de 1988. Além desta garantia, a literatura sobre o assunto também aponta que a partir da Constituição de 1988 se tem o fenômeno do ativismo judicial no Brasil.

No debate sobre o assunto do ativismo judicial, o conceito de ativismo judicial se desdobra em duas formas de coexistência: a positiva, que é a defendida – nos livros – por Barroso, e também por Estefânia Barboza, que visa, rompendo com a teoria positivista tradicional, dar legitimidade ao Poder Judiciário quando este, ao “tomar” o lugar dos outros dois poderes (Executivo e Judiciário), efetiva os direitos fundamentais que não estão sendo cumpridos. Por sua vez, a corrente que o faz fundamentando que o magistrado não pode decidir fora dos limites legais, o que fere a própria Constituição.

Na sequência destaca-se a mídia como o quarto poder, que se coloca também como uma grande fonte de legitimação do ativismo do judiciário corroborando para o protagonismo que o Poder Judiciário assumiu com o atual modelo jurídico. Aqui, com base em pesquisa bibliográfica, chega-se à reflexão do poder de influência que a mídia exerce sobre a atividade humana, sendo reconhecida, inclusive, o seu papel informativo em uma democracia.

A mídia, portanto, como poder que é, detém o monopólio na publicização e constitui poder – invisível – para alterar a concepção, percepção e a sensibilidade, influenciando na sociabilidade. Afinal, eles produzem notícias e informações, tendo, o público, como receptor. É a partir daí que se nota que a mídia se utiliza da opinião pública para se promover. Isso porque, conforme se verificará na sociedade do espetáculo, regida pela indústria da informação, o que se objetiva são, sempre, proveitos econômicos.

Para verificar a nocividade da midiática do processo penal, estudar-se-á os conceitos e características dos sistemas processuais penais, descortinando o sistema adotado pelo Brasil, apesar do novo texto de 2019, através da Lei n. 13.964 que modificou a redação do Código do Processo Penal (Decreto-lei 3689/41). Argumenta-se nesta dissertação que no processo penal do espetáculo, pois, as garantias fundamentais dão lugar a atração criada pela mídia para reunir o maior número de ouvintes.

Finalmente, iremos concluir, com base na literatura, estudando as nocividades desse fenômeno no processo penal. Retomaremos, brevemente, um caso prático, conhecido como o escândalo político Lava-Jato (2014/2021), e o resultado de um julgamento no Supremo Tribunal Federal que, após anos seis anos dos desdobramentos da operação Lava Jato concluiu pela imparcialidade do juiz que presidiu o processo. Com isso, afirmar-se-á a necessidade do resgate de um Estado Social Constitucional e Democrático de Direito, efetivando-se as garantias fundamentais, com decisões livres de interferências midiáticas e que se aproximem, cada vez mais, da justiça.

2 A COBERTURA MIDIÁTICA DO PROCESSO PENAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Neste capítulo, impende trazer à reflexão o próprio objeto de pesquisa do presente estudo. Se abordará a cobertura midiática no processo penal, iniciando pela análise dos princípios da publicidade e da imparcialidade do julgador, consagrados na Constituição Federal de 1988. Depois, se tratará de casos práticos em que se presenciou, no Brasil e no mundo, referida cobertura de casos penal pela mídia difundido o ativismo e o protagonismo do poder judiciário. Estabelecida a premissa, far-se-á destaque de que o fenômeno do ativismo e do protagonismo do judiciário é explicado, em partes, pelo modelo jurídico do constitucionalismo, a separação dos poderes e a transição do Estado Liberal ao Estado Social Democrático de Direito.

2.1 O princípio da publicidade dos processos x imparcialidade do julgador

Para iniciar a reflexão sobre a publicidade dos processos penais é interessante observar a Constituição italiana que estabelece, em seu artigo 101, I, que o processo é um drama no qual, em nome do povo, administra-se a justiça. O professor italiano Di Chiara pontifica:

Óbvio, portanto, que o próprio povo deva, em linha geral, ser colocado em grau de assistir a tudo isso. Eis aqui a raiz moderna do princípio da publicidade do debate: recordou, numa longa sequência de pronúncia, a Corte constitucional, revelando como a publicidade seria 'coessencial' aos princípios que, 'num ordenamento democrático fundamentado sob a soberania popular, deve adequar-se a administração da justiça, que naquela soberania encontra fundamento (assim, por exemplo, significativamente decisão da Corte constitucional de 2 de fevereiro de 1927, n. 12, *Foro italiano*, 1971, I, 536).¹

Decorre da relevância do princípio da publicidade que o povo possa acompanhar, de perto, o Poder Judiciário. Não por outra razão que, visando

¹ DI CHIARA, Giuseppe. *Televisione e dibattito penale – Esperienze e problemi della pubblicità mediata “tecnológica” in Italia*: In: BARBERO SANTOS, Marino; DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario Diego (coord.). *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal*. Salamanca: Universidade Salamanca, 1998, p. 97.

atender a essa exigência, os processos brasileiros são, em regra, públicos, consoante o inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Dito isso, impende ressaltar, pois, que, ao povo, é permitido, nestes processos, adentrar aos recintos forenses para acompanhar os atos processuais, como as audiências e julgamentos perante o Tribunal do Júri. Diz-se, porém, que referida permissão é insuficiente, razão pela qual a publicidade dos processos ocorre justamente intermediada pela mídia, através da divulgação por ela realizada². Di Chiara, porém, adverte sobre o cuidado com tal publicização: “As telecâmeras em audiência são susceptíveis de incidir sobre o comportamento do juiz, das partes, dos terceiros portadores de ‘saber’ processual (testemunhas, peritos, advogados, réus em crime conexo)”³.

Essa divulgação dos julgamentos, pela mídia, por si só, é capaz de alterar o equilíbrio emotivo de todos os atores jurídicos, principalmente do magistrado. A nefasta consequência é de que o jogo processual, nesse desequilíbrio, corre o risco de ser falseado⁴. Artur Souza cita, como exemplo, o midiático caso italiano, que se nominou de “Operação Mãos Limpas” e ocorreu para apurar investigação de corrupção de grande envergadura na década de 1990, afirmando, ele, ser, esse caso, um “processo vitrine, um teatro transformado em insólita passarela”⁵, em que os protagonistas se dirigem aos espectadores, e não às partes envolvidas. No Brasil, duas operações acenderam, com destaque, essa mesma característica processual: os escândalos políticos de corrupção do Mensalão, em 2005 e a Lava-Jato, em 2014.

² SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 187 (físico).

³ DI CHIARA, Giuseppe. Televisione e dibattito penale, p. 99.

⁴ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 188 (físico).

⁵ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 188 (físico).

Nessa última, deflagrada em meados de março de 2014, a operação foi mencionada na produção de mais de trinta mil matérias jornalísticas até 2016, envolvendo, nesse número levantado, reportagens, editoriais, colunas, artigos e manifestações de leitores⁶. Pode-se presumir que a mídia brasileira buscou trazer para si o controle da publicidade do espetáculo político, revelando, para tanto, os segredos políticos para obter a sua audiência⁷.

Dito isso, impende ressaltar o grande problema por trás da alta publicidade exercida pela mídia no processo penal: a contaminação da imparcialidade do julgador. Quanto a esse fenômeno, o juiz espanhol Juanes Peces afirma:

A realidade diária demonstra como os meios de comunicação, tanto orais como escritos, realizam julgamentos paralelos antes e durante os processos judiciais, e não somente isso, senão que em muitas ocasiões conduzem a efeito pelas mesmas campanhas perfeitamente planejadas e organizadas a favor ou contra das pessoas denunciadas, valendo-se para isso do filtro de dados sumariais parciais e do desvio da publicação de opiniões de terceiros, em clara sintonia com a linha editorial de um concreto meio [...] Produz-se, assim, fora do âmbito jurisdicional, uma sorte de processo – por assim dizer – nos meios de comunicação, onde se julga aos implicados num procedimento judicial, normalmente de uma transcendência pública sem as garantias e direitos consubstanciais a um processo justo.⁸

Por este motivo, Albin Esser, citado por López Jimenez, afirma que a “publicidade representa atualmente a maior ameaça para a personalidade do denunciado, exposto a uma possível pré-condenação pelos meios de comunicação”⁹. Ela também assevera que a informação, para além de comprometer a presunção de inocência, macula a imparcialidade do juiz¹⁰.

⁶ ESPOSITO, Mauricio Pontes. Operação Lava Jato e Mídia: uma reflexão sobre a imagem da justiça. Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho Imaginário e Vínculos, do VI ComCult, Universidade Paulista, Campus Paraíso, São Paulo, p. 3.

⁷ CIOCCARI, Deysi. Operação Lava Jato: escândalo, agendamento e enquadramento. Revista ALTERJOR. Grupo de Estudos Alterjor: Jornalismo Popular e Alternativo (ECA-USP). Ano 06. Volume 02. Edição 12. Junho-Dezembro de 2015, p. 74.

⁸ JUANES PECES, Ángel. Los juicios paralelos. El derecho a un proceso justo. Doctrina jurisprudencial en relación con esta materia. Conclusiones y juicio crítica en relación con las cuestiones analizadas. *Cuadernos de Derecho Judicial. Justicia y Medios de Comunicación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, n. 16, p. 64-65.

⁹ LÓPEZ JIMENEZ, Raquel. *La prueba em el juicio por jurados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 333.

¹⁰ LÓPEZ JIMENEZ, Raquel. *La prueba em el juicio por jurados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 334.

Interessante estudo citado por Lópes Jimenez de Stanley Sue, Ronaldo E. Smith e Renee Gilbert, do Departamento de Psicologia da Universidade de Washington, revelou os efeitos que a publicidade prévia de um julgamento produz. Refiro estudo levou em consideração quatro fatores:

- (i) Os efeitos das provas nas decisões judiciais;
- (ii) O sexo das pessoas;
- (iii) A própria publicidade prévia ao julgamento;
- (iv) As instruções do magistrado ao conselho de sentença.

O resultado da pesquisa foi a de que o fator da publicidade prévia afetava nos julgamentos, ao ponto que as provas colhidas durante o processo, bem como as instruções do juiz pouco importavam¹¹.

Outro estudo, realizado agora por Simon, R. J., chegou a conclusão de que os jurados que tiveram contato com informativos sensacionalistas, obviamente desfavoráveis ao acusado, tinham maior propensão a condená-lo¹².

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), na STEDH Worm, de 29/08/1997, afirmou que tais julgamentos paralelos, realizados pelos meios de comunicação de massa, possuem o risco de reduzir a possibilidade do acusado a ter um julgamento justo e imparcial:

Sem embargo, como qualquer outra pessoa, as personalidades conhecidas têm o direito a beneficiar-se de um processo equitativo tal como o garante o art. 6º, que, em matéria penal, compreende o direito a um tribunal imparcial. Os periodistas devem recordar que redigem artigos sobre processos penais em curso, pois os limites do comentário admissível não podem englobar declarações que haveriam de correr o risco de reduzir as possibilidades de uma pessoa beneficiar-se de um processo justo ou de minar a confiança do público no trabalho desempenhado pelos tribunais. (...) (§ 16). Ao contrário do parecer da Comissão Europeia de Direitos Humanos (431), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que o artigo periodístico no qual se criticavam duramente as respostas dadas por um antigo ministro durante o julgamento em que se lhe acusava de fraude fiscal, havia excedido os limites do exercício legítimo da liberdade de expressão, na medida em que, segundo a tese dos tribunais austríacos compartilhada pelo TEDH, o periodista havia pretendido erigir-se em juiz do caso ao

¹¹ Stanley Sue; Ronaldo E. Smith; Renee Gilbert, Biasing effects of pretrial publicity on judicial decisions, *Journal of Criminal Justice*, 1974, vol. 2, p. 163.

¹² LÓPEZ JIMENEZ, Raquel. *La prueba em el juicio por jurados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 334-335.

tentar influir sobre a opinião dos membros do jurado com o que havia menosprezado os direitos do acusado (...)"¹³

Não somente a decisão judicial, por si só, mas a publicidade exagerada, desonesta e mediada pelos meios de comunicação em massa, influenciam na própria produção da prova. Por este motivo, Artur Souza cita o exemplo de testemunha que, amedrontada pela repercussão do caso e a opinião pública, defrauda não apenas a sua atuação, como também provoca riscos da alteração do fato como um todo¹⁴.

2.2 A mídia e o processo penal na prática

De início, há que se ressaltar que a influência que a mídia exerce sobre o processo penal não fica apenas na teoria, o que demonstra a importância do debate. Destaque para dois exemplos, um na América do Norte, nos Estados Unidos, e outro na América do Sul, na Argentina.

O primeiro, ocorrido em 1954, trata de seis homicídios cometidos em um condado dos Estados Unidos, que causou grande revolta na região, inclusive nos condados vizinhos, por conta da intensa divulgação pelos meios de comunicação em massa¹⁵. O indivíduo que era suspeito foi preso em abril daquele ano. A imprensa divulgou, através de comunicado do Ministério Público, nota à imprensa onde se dizia que o suspeito havia confessado os seis homicídios. Porém, ele foi formalmente acusado apenas de um dos assassinatos. Os meios de comunicação em massa, por sua vez, já haviam feito a ampla divulgação da confissão dos seis. Eis o prejuízo para a imagem do acusado¹⁶.

O advogado, em razão da ampla divulgação dos fatos na cidade, requereu o desaforamento do julgamento. O pleito foi deferido, mas o processo fora desaforado para um condado vizinho, que também estava contaminado com

¹³ CATALÀ I BAS, Alexandre H. *Libertad de expresión e información – La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el tribunal constitucional*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2001, p. 319-230.

¹⁴ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 206 (físico).

¹⁵ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 208 (físico).

¹⁶ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 208 (físico).

a massificação das notícias daquele caso. Mesmo com novo pedido de desaforamento, o processo permaneceu naquele condado, posto que a legislação daquele Estado permitia apenas um desaforamento. O réu foi condenado e recorreu com base justamente na influência que a mídia exerceu¹⁷.

Finalmente, a Corte dos Estados Unidos, neste julgamento (Irvin vs. Dowd) fixou alguns critérios a respeito dessa matéria, reconhecendo a influência exercida pelos jornais sobre o livre convencimento dos julgadores:

- (i) Que o acusado possui o direito de ter um jurado imparcial e que a quebra desse direito fere o princípio do devido processo legal;
- (ii) A imparcialidade do jurado é vilipendiada quando ele possui opinião formada;
- (iii) A divulgação em massa, pelos meios de comunicação, que estigmatiza o acusado, colabora com a comoção pública e que esse fato impede a imparcialidade do jurado¹⁸.

Nesse caso, foi divulgado o quadro de jurados que foram rejeitados para atuar no júri, 370 (trezentos e setenta) de um total de 430 (quatrocentos e trinta) que já teriam opinião formada para declarar a culpabilidade do imputado¹⁹.

A Suprema Corte Norte-Americana manteve o mesmo entendimento no caso *Estes vx. Texas* (381 US 532 de 1965), onde se permitiu, num primeiro momento, pelo juiz, a cobertura televisiva e fotográfica do julgamento pela mídia. O acusado recorreu da decisão condenatória, alegando justamente a influência que os meios de comunicação exerceram sobre o julgamento. A Suprema Corte, então, deu provimento ao recurso, aduzindo a violação da 14ª Emenda por parte da imprensa ao transmitir a sessão²⁰.

¹⁷ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 208 (físico).

¹⁸ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 208 (físico).

¹⁹ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 208 (físico).

²⁰ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 209 (físico).

A Corte adentrou no tema mais a fundo, afirmando que, a partir do momento que o juiz decide que o caso será transmitido via televisão, o mesmo ganha o status de célebre, e a comunidade toda se vê compelida a inteirar-se dos detalhes que rodeiam o processo. O acusado, então, é altamente atingido pela publicidade e sua imagem fica ligada com o delito a ele imputado, havendo, aí, prejuízo ao mesmo²¹: Conforme assevera Guariglia

Quando a publicidade prévio ao julgamento, em suas variadas formas, criam um intenso sentimento público que é agravado pela transmissão e difusão fotográfica do julgamento, os jurados televisados não podem não sentir a pressão de saber que amigos e vizinhos têm postos os olhos neles²².

Por outro lado, o juiz Clark, neste mesmo caso, destacou a importância da publicidade dos julgamentos e da presença física dos meios de comunicação neles, quando se não permitem os abusos cometidos contra Estes²³.

O provimento do recurso, no entanto, não foi unânime. Foram cinco votos contra quatro. Um dos votos dissidentes foi do juiz Stewart, que destacou sua preocupação em limitar o direito público de se saber o que se passa na sala de audiências, consignando a liberdade de imprensa²⁴. Guariglia, citado por Artur Souza, resumiu o entendimento da Suprema Corte Norte-Americana nos casos citados:

(...) a excessiva publicidade prévio do julgamento, e ainda durante ele, pode gerar um intolerável perigo de parcialidade do tribunal, que deve ser anulado, se possível, por meio de medidas de precaução do juiz do julgamento; se isto já não resulta possível, a sentença deve ser anulada, e um novo julgamento deve ter lugar (...). Um primeiro estágio de controle encontra-se no interrogatório de seleção de eventuais jurados (*voir dire*). Nele, o juiz do debate, o ministério público e a defesa interrogam aos cidadãos convocados para atuar como jurados. Concluindo o interrogatório, o jurado pode ser aceito, ou recusado, com ou sem causa, esta última possibilidade (*peremptory challenge*)

²¹ GUARIGLIA, Fabrício. Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidade. *Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto S.R.L., 1997, p. 93.

²² “Cuando la publicidad previa al juicio, en sus distintas formas, ha creado un intenso sentimiento público que es agravado por la transmisión o la difusión fotográfica del juicio, los jurados televisados no pueden sino sentir la presión de saber que amigos y vecinos tienen puestos los ojos en ellos” (GUARIGLIA, Fabrício. Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidade. *Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto S.R.L., 1997, p. 94).

²³ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 210 (físico).

²⁴ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 210 (físico).

limitada a um número para cada parte (...). Um segundo modo de neutralizar o perigo de parcialidade no tribunal consiste na mudança de competência do julgamento (*change of venue*) quando não seja possível obter um jurado imparcial na comunidade em que o fato foi cometido (...). O instituto, contudo, tornou-se praticamente obsoleto devido ao desenvolvimento e alcance atual dos *mass media*: “Mudar a competência nestes dias apenas representa um pouco mais que cruzar as ruas na aldeia global”.²⁵

O outro caso ocorreu na América do Sul, no norte da Argentina, onde foi descoberto um cadáver mutilado de uma menina. Com a suspeita de que pessoas ligadas às famílias que dirigiam a província estavam envolvidas no delito, começa a se falar de manobras do governo local. Houve, pois, várias manifestações no sentido de que a verdade viesse às claras e de que não houvesse impunidade, o que levou, inclusive, que o caso tivesse intervenção do governo federal²⁶.

Os meios de comunicação de massa iniciam cobertura intensa do caso, e o julgamento, que ocorreu cinco anos após os fatos, passou a ser televisionado não só na província em que se passou o crime, mas em todo o país. Com a renúncia, no meio do caso, do presidente do tribunal, a exclusão de juízes e a consequente interrupção do julgamento, o governo local é obrigado a convocar um concurso de juízes para concluir o julgamento. Do que restou demonstrado, discutiu-se, pois, se a formação de um tribunal imparcial seria possível²⁷.

No Brasil, dois casos reclamam atenção: os escândalos políticos “Mensalão” (ação penal 470) e a Operação Lava-Jato. O primeiro teve início com a denúncia, em 2006, de 40 (quarenta) acusados de participar de esquemas de corrupção, lavagem de dinheiro, desvio de verbas públicas e gestão fraudulenta. Dentre os denunciados, vários políticos, o que despertou atenção do público e o interesse na cobertura jornalística pela imprensa.

Houve, pois, o cadastramento junto ao Supremo Tribunal Federal, de 500 (quinhentos) jornalistas, que faziam parte de 65 (sessenta e cinco) veículos

²⁵ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 211 (físico).

²⁶ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 212 (físico).

²⁷ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 212 (físico).

de imprensa distintos²⁸. Arruda revela a dimensão que a cobertura jornalística chegou:

Segundo informou o site do jornal O Globo (25/10/2012), o julgamento teve índices de audiência além dos esperados. “No dia 3, durante o voto do ministro relator, Joaquim Barbosa, das 17h11 às 18h59, a Globo News foi líder no ranking de audiência da TV paga”, informa o canal. Em miúdos: houve um dia em que o STF venceu séries como ‘Friends’ (Warner) e ‘Brothers and sisters’ (GNT)”. Do mesmo modo, o caso foi amplamente acompanhado pela internet e pelas redes sociais. Cerdeira e Hartmann (2013) informam que, segundo a ferramenta Google Trends, o número de buscas no Google relacionadas ao mensalão, no dia 29/07/2012, ultrapassou às ligadas à novela da TV Globo Avenida Brasil, que fazia estrondoso sucesso à época. Afirmam, ainda, que foram publicadas 61.325 mensagens no Twitter sobre o mensalão, escritas por 23 mil pessoas, apenas no primeiro dia do julgamento, as quais alcançaram cerca de 14,3 milhões de pessoas e cerca de 300 milhões de exibições. A segunda expressão mais usada na rede social, neste mesmo dia, foi #ConfioNoSTF, com 22 milhões de aparições, perdendo apenas para #mensalão, com 33 milhões de aparições”.²⁹

Houve, surpreendentemente, na própria denúncia, referência, feita pelo Procurador-Geral, à imprensa e uma entrevista concedida à revista Veja, o que, por si, demonstra o papel de influência que a mídia e os meios de comunicação em massa exerceram sobre referida ação³⁰.

O julgamento foi transmitido pela TV Justiça administrada pelo Supremo tribunal Federal (STF), ao vivo, e os ministros se transformaram em verdadeiras celebridades. A revista Veja (10/10/2021, p. 71) publicou reportagem que retrata bem o frenesi: “Desde que foram anunciadas as primeiras condenações dos mensaleiros, os ministros, com raras exceções, passaram a ser assediados nas

²⁸ ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva? Dissertação de Mestrado. Niterói, 2014, p. 61.

²⁹ ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?, p. 61-62.

³⁰ O trecho da denúncia relata o seguinte: Os fatos de que trata a presente denúncia tornaram-se públicos a partir da divulgação pela imprensa de uma gravação de vídeo na qual o ex-chefe do DECAM/ECT, Maurício Marinho, solicitava e também recebia vantagem indevida para ilicitamente beneficiar um suposto empresário interessado em negociar com os Correios, mediante contratações espúrias, das quais resultariam vantagens econômicas tanto para o corruptor, quanto para o grupo de servidores e dirigentes da ECT que o Marinho dizia representar. Na negociação então estabelecida com o suposto empresário e seu acompanhante, Maurício Marinho expôs, com riqueza de detalhes, o esquema de corrupção de agentes públicos existente naquela empresa pública, conforme se depreende da leitura da reportagem divulgada na revista Veja, edição de 18 de maio de 2005, com o título “O Homem Chave do PTB” (p. 6). Disponível em http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/INQ%202245%20-%20denuncia%20mensalao.pdf/view. Acesso em 10/01/2022.

ruas e receber centenas de mensagens de apoio e solidariedade”³¹. Referida matéria traz, em seu conteúdo, inclusive, que os julgadores passaram a ser reconhecidos nos restaurantes e locais públicos, como aviões e praia. O Ministro Celso de Mello chegou a posar para uma foto com algumas crianças a pedido de seus pais³².

Houve indícios que a cobertura jornalística foi feita com a intenção, segundo Seifert, de que ela ficasse guardada na memória de todos os seus telespectadores ou leitores sobre a versão jornalística do fato, e não jurídica³³.

Fala-se que o julgamento do Mensalão teve a cobertura televisiva que superou o caso norte americano do ex-futebolista acusado de assassinar sua esposa, O. J. Simpson (1994/1995). As transmissões do julgamento iniciavam, ao vivo, três vezes por semana, na TV Justiça e pelo canal Globo News, durante a tarde, e à noite, todos os dias, nos telejornais, repercutindo as nuances ocorridas. Nos jornais impressos, o caso estampava a capa da manhã do dia seguinte³⁴.

Após as condenações, na fase recursal, o jornal O Globo, em reportagem datada de 15/11/2013, publicava entrevista que o Ministro Marco Aurélio concedera e estampava em sua capa: “Ministro alerta para risco de perda de credibilidade”. Isso porque, segundo a matéria, havia, naquele momento, uma pressão do Ministro Marco Aurélio para o Ministro Celso de Mello, que viria a ser o julgador que desempataria o julgamento acerca do recebimento de um dos recursos, podendo, com isso, reformar a decisão condenatória em favor de alguns réus³⁵.

Como se vê, os ministros, de julgadores, começaram a exercer um papel novo: o de protagonista de um grande espetáculo. Não decisões, mas discursos para agradar a sociedade e entrevistas em jornais. Um acontecimento que comprova a situação foi a ligação, em meio ao julgamento, do Ministro Ricardo

³¹ ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?, p. 62.

³² ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?, p. 62-63.

³³ SEIFERT, Priscila Leal. A Justiça no Banco dos Réus. Uma análise da relação entre Imprensa e Judiciário através da cobertura jornalística do caso “Mensalão”. Dissertação (Doutorado em Ciências Sociológicas e Jurídicas) - Programa de Pós Graduação em Ciências Sociológicas e Jurídicas da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.

³⁴ LEITE, Paulo Moreira. A outra História do Mensalão. Rio de Janeiro: Geração Editorial, 2013.

³⁵ Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/marco-aurelio-mello-credibilidade-do-stf-esteira-do-precipicio-9966500#ixzz3HNNH9ryTX>, acesso em 10/11/2021.

Lewandowski ao jornalista Merval Pereira, que escrevia para uma coluna no jornal O Globo. O contato do ministro do STF tinha um motivo: explicar ao periodista, rebatendo crítica anteriormente feita contra si, o seu voto³⁶. A ligação foi divulgada na própria coluna do jornalista, intitulada “As razões de Lewandowski”.

Outro fato entre mídia e o julgamento do Mensalão que merece destaque ocorreu em agosto de 2012. No dia 07 daquele mês, o jornal O Globo publicou artigo de Diego Werneck Arguelhes, no qual ele questionava as sustentações orais dos advogados no caso. Para ele, os ministros deveriam intervir mais, dirigindo perguntas aos advogados sobre questões objeto dos pleitos. No dia seguinte, em um julgamento, os ministros Joaquim Barbosa e Dias Tóffoli, diferentemente de como até então fora feito, fizeram algumas ponderações e indagações aos advogados³⁷. A questão da influência dos meios de comunicação de massa teve maior impacto quando se tratava de decisões que prejudicavam o acusado:

Seifert (2013) assinala que, embora os dois ministros tenham feito perguntas, apenas o nome de Joaquim Barbosa foi destacado na manchete do jornal, o que daria a impressão, em um primeiro momento, de que somente ele teria arguido os advogados, ofuscando, assim, a conduta de um ministro que era visto como simpático aos réus. Outro aspecto ressaltado pela autora é que, ao elogiar a Suprema Corte, o jornal estava se autoexaltando, já que a sugestão saíra de suas páginas, além de transmitir aos seus leitores a impressão de que possui autoridade e credibilidade para alterar a conduta dos ministros”.³⁸

Enfim, não é errado afirmar que a Ação Penal 470 (Mensalão), julgada pela Corte Suprema brasileira, foi um divisor de águas no processo penal do espetáculo, levando em conta a sua magnitude e por envolver poderosos agentes políticos, além de megaempresários, sendo, o julgamento, pela primeira vez, acompanhado, ao vivo, por quem quisesse, pela TV Justiça³⁹.

³⁶ Disponível em <http://oglobo.globo.com/blogs/blogdomerval/posts/2012/08/25/as-razoes-de-lewandowski-462100.asp>, acesso em 10/11/2021.

³⁷ ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?, p. 65-66.

³⁸ ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?, p. 65-66.

³⁹ GOMES, Jefferson de Carvalho. A criminalização na sociedade do espetáculo: aportes hermenêuticos para a contenção do ativismo judicial, 2018, p. 53.

Outro caso na justiça brasileira que ficou mundialmente conhecido pela repercussão midiática que tomou foi a “Operação Lava-Jato”, deflagrada em março de 2014. Referida operação investigou grande esquema de lavagem de dinheiro envolvendo a Petrobrás, empresa estatal, empreiteiras e, novamente, políticos.

Um dos procuradores federais responsáveis pela operação no Ministério Público Federal concedeu, inclusive, entrevista, no dia 24/11/2017, para o jornal Folha de São Paulo, reafirmando a importância da mídia para o sucesso do processo. O procurador afirmou que a ação só teve resultados expressivos por conta do apoio da sociedade. Dentro desse apoio, encaixou os meios de comunicação como fundamentais para propagar o que ocorria dentro da investigação, sendo, para ele, “impossível avançar contra interesses tão poderosos sem o apoio da sociedade”⁴⁰.

Os números de aparição na mídia do caso assustam. Entre março de 2014, início da operação, e março de 2016, a Lava-Jato foi alvo de 36 (trinta e seis) capas da revista Veja, uma das mais lidas no país, dados obtidos a partir do trabalho realizado por Esposito⁴¹. Denner Pacheco da Cruz e Dimas Antônio Kunsch dão a dimensão da questão:

Tamanha exposição, fez com que a Lava-Jato influenciasse até mesmo a produção cultural nacional. Produtos audiovisuais como o filme “Polícia federal: a lei é para todos” e a série da Netflix “O mecanismo” foram criados, além de livros biografando a vida de Moro. Todos esses produtos culturais tiveram enorme repercussão. Era comum ver pessoas com camisetas e cartazes enaltecendo o então juiz, e sobretudo a operação em si. A sensação anti-sistema provocada pela lava-jato deu esperanças a boa parte da população. A grande mídia pautava o debate público, num claro exemplo de agenda setting, um dos mais espetaculares do período, sob o enquadramento do combate à corrupção”.⁴²

O juiz federal de primeira instância, Sérgio Fernando Moro, ficou conhecido e reconhecido no país, estampando, também, a capa das revistas

⁴⁰ Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/11/1937812-sem-exposicao-e-impossivel-avancar-contra-poderosos-afirma-dallagnol.shtml>. Acesso em 28/12/2021.

⁴¹ ESPOSITO, Mauricio Pontes. Operação Lava Jato e Mídia: uma reflexão sobre a imagem da justiça, p. 8.

⁴² CRUZ, Denner Pacheco da; KUNSCH, Dimas Antônio. O DIREITO E A DIREITA: a operação lava-jato, a mídia e o poder. 2º Congresso Latinoamericano de Comunicación de la UNVM. Instituto Académico Pedagógico de Ciencias Sociales. Universidad Nacional Villa María, Villa María, Córdoba, 2020.

Veja e IstoÉ. Por essas razões é que Martino pontifica que há “a ‘agenda da mídia’ e a ‘agenda pública, e o modelo do Agenda-Setting prevê que os temas da agenda da mídia definam a agenda pública, isto é, passarão a ser discutidos pelas pessoas uma vez pautados pela mídia”⁴³.

Na medida em que as investigações da Lava-Jato avançam, é notável o crescimento da operação, também, nos meios de comunicação de massa, tornando-se o centro dos noticiários dos periódicos. À título de exemplo, no de 2014 as edições perfizeram 60% (sessenta por cento) dos noticiários. No ano seguinte, essa estatística aumentou para 70% (setenta por cento)⁴⁴.

Nessa operação, imprensa e Poder Judiciário tiveram uma relação ímpar. Isso porque houve manifestação pública do apoio que se dava à publicidade dos atos, pela imprensa, por parte dos próprios protagonistas do enredo: o então juiz federal Moro e o Procurador da República Deltan Dallagnol, à época o coordenador, no Ministério Público Federal, da chamada força tarefa da Lava-Jato. Rodrigues afirma que documentos utilizados pelos veículos de comunicação tiveram um rastreamento estratégico de seu conteúdo e do tempo em que foram divulgados à imprensa. Ressalta que o próprio Procurador-Geral da República reconheceu que alguns materiais tinham sido vazados à imprensa pelos investigadores⁴⁵.

Episódio marcante na Lava-Jato foi o vazamento, em março de 2016 de dados constantes em uma interceptação telefônica, pelo magistrado Sérgio Moro, de uma conversa havida entre um dos réus, o ex-presidente Lula, com a então presidente Dilma Rousseff, onde a mesma o nomeava ministro chefe da Casa Civil. O advogado de Lula disse, na ocasião, que a divulgação da conversa para a mídia foi atitude de arbitrariedade do magistrado para estimular uma convulsão social. Interpretou-se, à época, do áudio, que a nomeação seria para proteger o ex-presidente de eventuais consequências do processo⁴⁶.

⁴³ MARTINO, Luís Mauro de Sá. Teoria da comunicação: ideias conceitos e métodos. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 205.

⁴⁴ BAPTISTA, Érica Ana. Corrupção e opinião pública: o escândalo da Lava Jato no governo Dilma Rousseff. Tese do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais.

⁴⁵ RODRIGUES, Fabiana Alves. Operação Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça Criminal. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2019, p. 168.

⁴⁶ Disponível em <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>. Acesso em 29/12/2021.

Outro acontecimento que conectou o processo com a mídia foi a própria condenação do ex-presidente Lula no caso chamado de “Triplex do Guarujá”. Denner Pacheco da Cruz e Dimas Antônio Kunsch, dão conta de que, além de delações premiadas de corréus presos, matérias jornalísticas foram utilizadas para a basear o édito condenatório:

Outro evento, este primordial, é o da condenação do ex-presidente no caso do Triplex do Guarujá, processo este em que o levou à prisão, impedindo-o de concorrer às eleições presidenciais. A condenação de Lula baseou-se, principalmente em provas indiretas, como por exemplo uma reportagem do jornal O Globo, e também das delações premiadas dos acusados presos pela operação. A professora do Instituto de Educação Superior de Brasília Thaís Aroca Datcho, em entrevista ao jornalista Murillo Ferrari da CNN, disse que “Independentemente dele ser culpado ou inocente, a existência deste processo foi explorada de maneira política. Isso é claro e flagrante para quem olha de maneira honesta do ponto de vista jurídico”.⁴⁷

Em 2018, o Partido dos Trabalhadores fora derrotado nas urnas e Jair Messias Bolsonaro foi eleito presidente do Brasil. Sérgio Moro, juiz que presidiu o feito desde o início, foi nomeado, então, para o cargo de ministro da Justiça. Tudo isso aumentou o frenesi sobre o poder que a mídia exerce na Justiça Criminal. A partir do segundo capítulo, retomar-se-á a reflexão sobre a publicidade do processo penal por meio da mídia. No entanto, é importante destacar ainda neste momento que a cobertura midiática nos casos de escândalos políticos relatados acima exhibe o protagonismo do judiciário brasileiro. Tal fenômeno, em partes recebe explicação causal também no modelo jurídico de Estado adotado pelo Brasil: o constitucionalismo, efetivando-se, cada vez mais, os direitos individuais insculpidos na Constituição Federal de 1988. É sobre esse assunto que se trata a seguir.

2.3 O Constitucionalismo e a separação de poderes

Quando se fala em ativismo judicial, fala-se, também, inexoravelmente, na judicialização de várias questões, como a política, saúde, educação etc. E,

⁴⁷ CRUZ, Denner Pacheco da; KUNSCH, Dimas Antônio. O DIREITO E A DIREITA: a operação lava-jato, a mídia e o poder, p. 9.

quando se fala, por sua vez, em judicialização da política, tem-se que ter mente a transformação que países que vêm sofrendo nas últimas décadas ao adotarem o modelo político, jurídico e social denominado constitucionalismo. O argumento nas próximas seções se assenta no fato de que a visibilidade dos processos penais de escândalos políticos entendido como acesso a informação e a garantia da liberdade de imprensa são pressupostos do Estado Constitucional e democrático. E, portanto, cabe ao magistrado o papel de protagonismo na interpretação da constituição para garantir a proteção dessas liberdades constitucionais.

Correa e Quadros, ao citarem Oliveira, afirmam:

No Brasil também o fenômeno da judicialização se deve em grande parte ao próprio texto da Constituição, uma vez que possui um texto analítico abrangente, e que ao constitucionalizar as matérias por meio da interpretação se retira automaticamente estas questões do âmbito da política, convertendo-as em norma constitucional. [...] outro fator de sustentação deste fenômeno seria o sistema híbrido de controle de constitucionalidade que permite a qualquer magistrado proclamar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o que faz com que novas insurgências sejam submetidas ao crivo do judiciário e fomentando ainda mais o protagonismo.⁴⁸

É fato que algumas decisões de repercussão nos âmbitos políticos e sociais inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo são transferidas ao Poder Judiciário. Para traçar a discussão, impende remontar, brevemente, à teoria da separação de poderes, que surge como teoria política na obra de John Locke e Montesquieu, que pregavam a separação dos poderes “para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado e conseqüente controle recíproco entre suas formas de expressão”⁴⁹.

Em Locke, podemos perceber que, apesar da sua forte teoria dos direitos e liberdades individuais como oponíveis à sociedade política, o poder se limita pelo consentimento.

Por outro lado, Montesquieu dá lugar a um pessimismo que possibilitou que sua teoria alcançasse, em maior escala, os seus objetivos de contenção do

⁴⁸ CORREA, Celio Roberto; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática? Revista Meritum, v. 15, n. 1, pp. 130-148, jan/abr. 2020.

⁴⁹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; e ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A legitimidade do “ativismo judicial” aos olhos da teoria do Estado e do Direito: um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais. Revista Opin. Jur., Fortaleza, ano 10, n. 14, 2012, p. 73.

poder pela técnica de sua organização. O filósofo foi radical em face do absolutismo, não aceitando qualquer enfraquecimento dos limites ao poder⁵⁰.

Bonavides pontifica:

Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da separação dos poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que se não confundem.⁵¹

A partir daí exsurge o Estado liberal-democrático, fruto da contradição entre as doutrinas de Rousseau e Montesquieu. O contratualismo de Rousseau não tem a preocupação de mitigar ou reprimir “a soberania mediante a dissociação do poder decompondo-o em esferas distintas e independentes”⁵². Para Montesquieu, a negação da soberania do Estado é medida que se impõe:

A contradição entre Rousseau e Montesquieu – contradição em que se estreia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico – assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos.⁵³

Porém, Leibholz critica a associação das duas frentes: o liberalismo, de um lado, e a democracia, de outro. O autor vaticina que “a possibilidade de dissociar a democracia do liberalismo se cinge, em última análise, à distinção dos valores fundamentais sobre os quais se baseiam”⁵⁴.

Nesta linha, Madison faz a crítica da acumulação dos poderes em uma única mão:

Nenhuma verdade política é certamente de maior valor intrínseco ou revestida da autoridade de mais esclarecidos defensores da liberdade do que aquela na qual a crítica se fundamenta. A acumulação de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – nas mesmas mãos,

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 49.

⁵¹ BONAVIDES, 2007, p. 49.

⁵² BONAVIDES, 2007, p. 51.

⁵³ BONAVIDES, 2007, p. 52

⁵⁴ LEIBHOLZ, Gerhard. “La nature et les formes de la démocratie”. *Archive de Philosophie du Droit et Sociologie Judiciaire*. N. 3-4. Paris, Recueil Sirey, p. 136.

quer de um, de poucos ou de muitos cidadãos, quer por hereditariedade, autonomação ou eleição, pode com justiça ser considerada como caracterizando a tirania.⁵⁵

Para Montesquieu, nenhuma sociedade sem governo pode subsistir, argumentando que as leis são necessárias para a vida em sociedade⁵⁶. Portanto, se diz, com razão, que a separação de poderes é fundamental para o “governo moderado” e controle recíproco entre eles.

Desta divisão de poderes é que teóricos viam o início daquilo seria a vedação da ilimitada soberania Estatal:

Com a divisão de poderes vislumbravam os teóricos da primeira idade do constitucionalismo a solução final do problema de limitação da soberania. A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. Fazia-se mister contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias.⁵⁷

A ideia de Montesquieu e Locke, com referida teoria separatória era, inicialmente, a de “um Estado onde os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estariam modelarmente separados e mutuamente contidos, de acordo com a ideia de que ‘o poder detém o poder’ (‘le pouvoir arrête le pouvoir’)”⁵⁸.

Pontifica Leibholz, sobre o tema:

E espírito do sistema da separação de poderes consiste em introduzir uma série complicada de contrapesos mecânicos, cujo fim é garantir, por um equilíbrio, político, a liberdade individual. Não foi outra senão esta a razão por que se manifestou tão ativo o liberalismo no seio da monarquia constitucional. A circunstância de certo número de instituições representativas participarem, mediante mútuo controle, na formação da vontade estatal criava, na prática, garantia eficaz contra ingerências arbitrárias no campo da liberdade individual.⁵⁹

Porém, o próprio Madison alerta para a inevitabilidade de uma representação parcial, afirmando que a verdadeira interpretação da teoria da

⁵⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell, 2009. p. 301.

⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. In: MOTTA, Pedro Vieira (Trad.). *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83-86.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 45.

⁵⁸ BONAVIDES, p. 45.

⁵⁹ LEIBHOLZ, Gerhard. “La nature et les formes de la démocratie”. *Archive de Philosophie du Droit et Sociologie Judicirique*. N. 3-4. Paris, Recueil Sirey, p. 137.

separação dos poderes de Montesquieu não pode ser outra senão que “onde *todo* o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam *todo* o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma Constituição livre estarão subvertidos”⁶⁰.

A ideia, portanto, é a própria contenção de poder, servindo, a separação entre o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, como forma de garantir aos cidadãos os seus direitos fundamentais. Contribuíram, pois, Locke e Montesquieu, para a feitura das Constituições liberais⁶¹. Importante ressaltar que Montesquieu via, na separação de poderes, um meio de se evitar um despotismo real, restringindo, pois, a atuação do juiz de forma a neutralizar o Judiciário. Essa neutralização garantiria, então, a imparcialidade do magistrado, que deveria ser apartidário em suas funções⁶². Argumenta-se, mais a frente, os riscos a esta imparcialidade do magistrado e que compromete os processos penais quando passam a receber a produção sensacionalista de uma produção televisiva como observados no tratamento da cobertura jornalística sobre os escândalos políticos do Mensalão e da Lava Jato tratados na seção anterior.

2.4 A transição do Estado Liberal ao Estado Social

Em meados do século XX, com o enfraquecimento do Estado Liberal, surge o Estado Social. Nessa transição, altera-se substancialmente a concepção de Estado e, por via de consequência, de sua finalidade⁶³.

É importante destacar, quando se fala na transição do Estado Liberal para o Estado Social, os conceitos que davam os conservadores, liberais e sociais-democratas. Quem faz esse estudo, segundo Bonavides, é Vierkandt⁶⁴. Locke dá, à liberdade, o sentido de autoritária por excelência. Já a liberdade que o sociólogo alemão confere ao liberalismo é individualista⁶⁵.

⁶⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James, 2009, p. 302.

⁶¹ BARBOSA, 2012, p. 73.

⁶² FERRAZ JR, TÉRCIO S. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: Revista USP. São Paulo, nº 21. 1994, p. 14-15.

⁶³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67-68.

⁶⁴ BONAVIDES, p. 57.

⁶⁵ BONAVIDES, p. 57.

Por sua vez, em Wolff é que se observa a teoria do Estado policial, traduzida na “onipotência estatal como caminho para a felicidade humana, sob a égide do Estado paternalista, ao qual incumbia efetivar aquela célebre máxima de ‘tudo para o povo, nada, porém, pelo povo’”⁶⁶.

Bonavides cita Aristóteles ao discorrer sobre a liberdade, afirmando que fora “o mais ocidental, o mais francês, o mais individualista de todos os teóricos ilustres do liberalismo burguês, irmão, portanto, de Locke, Montesquieu e Rousseau”⁶⁷, posto que suas ideias convergiram para chegar ao conceito de liberdade humana oriundo da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão 1789.

É Hegel quem rompe com as velhas conclusões do conceito de liberdade do liberalismo que conduzia a arbítrios⁶⁸:

Em face das doutrinas que na prática levavam, como levaram, em nosso século, ao inteiro esmagamento da liberdade formal, com a atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade, um compromisso ideológico, um meio-termo doutrinário, que é este que vai sendo paulatinamente enxertado no corpo da Constituições democráticas. Nestas, ao cabo de cada uma das catástrofes que ensanguentaram o mundo no presente século, testemunhamos o esforço de fazer surdir a liberdade humana resguardada em direitos e garantias. Direitos que se dirigem para o teor material da mesma liberdade, enriquecida, aí, com as conquistas operadas na esfera social e econômica, e garantias que se orientam no sentido de preservar o velho conceito forma da liberdade.⁶⁹

Bonavides cita Vierkandt, afirmando que este se preocupava, no tocante à liberdade, com o seu modo de utilização:

Só tem valor a liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões.⁷⁰

⁶⁶ BONAVIDES, p. 58.

⁶⁷ BONAVIDES, p. 58.

⁶⁸ BONAVIDES, p. 58.

⁶⁹ BONAVIDES, p. 59.

⁷⁰ VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart*. Zweite verbersserte Auflage. Leipzig von Quelle & Meyer, 1921, p. 99.

Para ele, portanto, o conceito de liberdade do liberalismo só seria correto se “os homens fossem dotados de igual capacidade”⁷¹, e não apenas formal. Como isso não ocorre, referida liberdade encerra “como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”⁷².

A liberdade do liberalismo fracassou em seu conceito, pois não se preocupou na resolução essencial do problema de ordem econômica das classes mais baixas da sociedade⁷³. Ou seja, não dava conta de resolver as questões sociais, deixando os pobres esquecidos, sendo a sua liberdade, por assim dizer, inoperante a estes. Bonavides avança discorrendo sobre a transição:

Mas, aqui, ocorre o momento decisivo, em que, abrindo mão compulsoriamente daquela franquia fundamental – da liberdade política como liberdade de classe –, que antes lhe afiançava o controle do Estado, a velha burguesia liberal reparte esse controle com as demais classes, notadamente a classe com a qual se achava envolvida num antagonismo de vida e morte. Qual a repercussão social mais profunda desse fato no domínio do litígio entre o trabalho e o capital? Por mais paradoxal que pareça, essa concessão salvou e preservou ideologicamente o que havia de melhor na antiga tradição liberal: a ideia da liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora no âmbito da democracia plebiscitária, vinculada ao Estado social.⁷⁴

Há, porém, o problema, denunciado pelo autor, que ele chama de “inimigos do Estado social da democracia”: a força das massas. Eis a força, segundo o autor, que fez triunfar o Estado Social Democrático e que, por mais paradoxal que possa parecer, pode o fazer ruir novamente⁷⁵.

E isso porque as massas são “explosivas e, uma vez inclinadas para o socialismo revolucionário, constituirão sempre um dado de incerteza na existência do compromisso que caracteriza o Estado social, ou seja, o seu enquadramento numa esfera democrático-constitucional”⁷⁶.

Há uma vinculação política das massas, que alude Grabowski, de que elas gravitam em torno da ditadura, perfazendo-se, a bem da verdade, a

⁷¹ BONAVIDES, p. 61.

⁷² VIERKANDT, p. 101.

⁷³ BONAVIDES, p. 188.

⁷⁴ BONAVIDES, p. 189.

⁷⁵ BONAVIDES, p. 191.

⁷⁶ BONAVIDES, p. 191.

verdadeira destruição da democracia⁷⁷. Grabowski, citado por Bonavides, avança diferenciando as massas da massificação que, segundo ele, seria um fenômeno do capitalismo, com a produção em série de produtos “estandardizados” que acaba com as particularidades de cada um⁷⁸. Portanto, a massificação precederia a massa, preparando o terreno para que esta se torne o corpo da ditadura⁷⁹.

De outro lado, é o constitucionalista alemão Hans Nawiasky que, encarando o assunto sem simplesmente repetir Gustavo Le Bon e Ortega y Gasset, traz o lado positivo das massas. Para referido professor, as massas podem resultar em uma direção benéfica e positiva, despertando nos seres humanos sentimentos louváveis de dedicação e sacrifício⁸⁰.

Destaca, pois, Nawiasky, então, não somente o lado do fanatismo irresponsável do homem-massa, mas também a sua alta capacidade de superação para fazer valer os direitos não somente seus, rompendo com o individualismo e abrindo mão de seus interesses pessoais em prol de um ato de generosidade e até heroísmo⁸¹. Afinal, as massas procuram, ainda que não de forma consciente, a democracia, mesmo porque a democracia deve ser a meta a alcançar⁸².

Bonavides encerra essa análise das massas sob a ótica pessimista de Grabowski, de um lado, e a otimista de Nawiasky, de outra, vaticinando sobre a sua importância na democracia:

O constitucionalismo democrático emancipou politicamente as massas com o sufrágio universal. Mas não soube ainda conquistá-las. Urge que seu voto, como sucedeu na Itália e na Alemanha, não seja de tal modo pervertido, que uma faculdade democrática se converta em arma antidemocrática. As massas, no Estado jurídico, já têm o poder de intervir na formação da vontade estatal. Cumpre evitar apenas que esse poder se demude em poder de destruir o Estado social da democracia, porque, se assim fora, estariam atraídas não as instituições democráticas, senão as mesmas massas, que haveriam solapado inconscientemente os seus mais caros interesses, vendo cair das mãos o poder do voto, ou seja, a maior arma de libertação política e social que o Homem moderno já conheceu.⁸³

⁷⁷ BONAVIDES, p. 197.

⁷⁸ BONAVIDES, p. 197.

⁷⁹ BONAVIDES, p. 197.

⁸⁰ BONAVIDES, p. 194.

⁸¹ BONAVIDES, p. 195.

⁸² BONAVIDES, p. 195.

⁸³ BONAVIDES, p. 200.

Superada essa questão, impende ressaltar o perigo denunciado por Bonavides acerca da questão política das massas, com relação à politização da função social do Estado como forma de fazer do homem da massa um ser absolutamente dependente do poder, desvirtuando-se, assim, a democracia.

O autor discorre que existe a mesma tendência na democracia de acontecer o que ocorre com o Estado social do totalitarismo, onde o Estado se aproveita dos laços de dependência do indivíduo para o transformar em mero instrumento, contra este cometendo todo o tipo de arbítrios e abusos contra a liberdade humana para alcançar os seus mais inescrupulosos interesses⁸⁴. A diferença é que na democracia isso só ocorre “quando o regime político se torna uma farsa, no momento crítico de formação da vontade estatal”⁸⁵:

Nessa hipótese, a democracia das massas seria apenas um programa, uma palavra vazia. O demagogo ou o plutocrata poderá ter o Estado social sob seu controle, de modo que aquilo que ele faz passar nos parlamentos como sendo a vontade social seria, em determinados casos, apenas a legislação dos grandes consórcios econômicos e financeiros, democraticamente legitimados. Essa vontade social, assim forjada pelos *grupos de pressão*, aumenta e diminui, na estrutura do moderno Estado social, à medida que a participação efetiva do povo, por via de representantes autênticos, progride ou decai.⁸⁶

Há de se ressaltar, ainda, a observação que Forsthoff faz sobre a crescentes despolitização do eleitor no Estado social moderno, na democracia. Ao contrário do que ocorria no século XIX, no século XX o eleitor não vai às urnas por ideologia, mas apenas com olhos postos nos benefícios que possa advir do Estado paternalista⁸⁷. O que explica referido fenômeno é a sujeição do eleitor da democracia das massas ao capital⁸⁸.

Em suma, a reinterpretação de todo o esquema de contenção de poder, que originou a ideia dos direitos fundamentais, abriu o caminho para o novo Estado social democrático, no lugar do Estado liberal, e que o mesmo é dotado

⁸⁴ BONAVIDES, p. 201.

⁸⁵ BONAVIDES, p. 201.

⁸⁶ BONAVIDES, p. 201-202.

⁸⁷ FORSTHOFF, Ernst. *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*. Muenster, West, 1954, p. 13.

⁸⁸ BONAVIDES, p. 202.

de paternalismo, coexistindo com o Estado socialista, ainda que não se confunda com este⁸⁹.

A doutrina de Bonavides conclui que este Estado social da democracia é diferente do Estado social de sistemas totalitários⁹⁰. E isso porque ele subsidia a garantia dos direitos do indivíduo na sua ordem jurídico-constitucional, além de fazer o equilíbrio entre a ideia social no constitucionalismo contemporâneo e sua aplicação na independência da personalidade⁹¹.

Correa e Quadros citam Schonardie, Fogeusatto e Leves para destacar que a construção do Estado Social, efetivando-se os direitos fundamentais, realizado durante gerações, colaborou para o reconhecimento, pelo Estado, dos direitos ditos mínimos do cidadão, evidenciando o respeito daquele quanto aos direitos de primeira geração (direitos individuais) até os de quarta geração, de cunho coletivo (meio ambiente, por exemplo)⁹². Neste sentido, Bobbio afirma:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema — sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer — do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem e um problema mal formulado: a liberdade religiosa e um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.⁹³

Neste novo Estado Social, sobrevém novo sistema com supedâneo na proteção dos direitos humanos, inclusive com a assinatura da Declaração

⁸⁹ BONAVIDES, p. 203.

⁹⁰ Sistema de governo centrado no controle absoluto de um líder ou partido sobre a nação, como a Itália (1922), de Mussolini e a Alemanha (1919), de Hitler, por exemplo, conforme leciona Silva. SILVA, Daniel Neves. "Regimes totalitários"; *Brasil Escola*.

⁹¹ BONAVIDES, p. 204.

⁹² CORREA, Celio Roberto; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática? *Revista Meritum*, v. 15, n. 1, pp. 130-148, jan/abr. 2020.

⁹³ BOBBIO. Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

Universal dos Direitos Humanos em 1948⁹⁴. Aliás, Tassinari assinala que o próprio conceito de constitucionalismo poderia ser enfatizado “como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições”⁹⁵. Portanto, ainda que a relação entre Direito e Política seja de independência, é a Constituição que garante os limites de tal relação, evitando-se que a mesma seja tratada por meio de “decisionismos”⁹⁶.

Sobre essa transição entre Estado Social e Estado Liberal, Canela Junior pontifica:

No Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta pró-ativa.⁹⁷

Ainda, segundo os ensinamentos de Taylor, no Estado Social, o “Judiciário – juntamente com os governadores, prefeitos e burocracias estatais, que também podem ter um impacto significativo na criação de políticas para resolução dos problemas públicos (políticas públicas) – desempenha um papel extremamente relevante”, e que os “tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas”⁹⁸. Herknhoff afirma que não pode se falar em prevalência verdadeira do Direito se este não objetiva a realização da justiça social, focado na pessoa humana⁹⁹.

⁹⁴ BARBOSA; ANDREASSA JUNIOR, 2012, p. 74.

⁹⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 28.

⁹⁶ OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de; FERREIRA, Rafael Fonseca; QUINTANA, João Pedro Gonçalves. *Judicialização da política e ativismo judicial: uma necessária distinção dentro do constitucionalismo contemporâneo*. Revista da Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa – Congrega. URCAMP. 2017, p. 4.

⁹⁷ CANELA JUNIOR, 2011, p. 72.

⁹⁸ TAYLOR, Matthew M. *O judiciário e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2003. p. 234.

⁹⁹ HERKNHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 116.

Não por acaso Correa e Quadros asseveram que, com o novo Estado Social, que chama do Estado do “Bem-Estar social”, segundo Ferraz Jr., “o Judiciário tem suas atribuições alteradas, passando a analisar as medidas tomadas e a concretização dos resultados perseguidos pelo Legislativo”¹⁰⁰.

À vista disso, exsurge, portanto, o denominado Estado Social Democrático de Direito, que, segundo Novais, implica em uma “justiça constitucional (tribunal constitucional) que aplica a Constituição contra a vontade dessa maioria”¹⁰¹, prosseguindo com a afirmação de que “a justiça constitucional surge, não como instrumento de governação cotidiana, mas como mecanismo derradeiro de *balanceamento*, de *equilíbrio*, de reposição da regularidade”¹⁰².

Trabalha-se, portanto, com a independência entre os poderes, de um lado; mas a harmonia entre eles, de outro. Nas lições de Bonavides:

Consideremos a seguir na prática constitucional do Estado moderno as mais conhecidas formas de equilíbrio e interferência, resultantes da teoria de pesos e contrapesos. Dessa técnica resulta a presença do executivo na órbita legislativa por via do veto e da mensagem, e excepcionalmente, segundo alguns, na delegação de poderes, que o princípio a rigor interdita, por decorrência da própria lógica da separação [...]. Já a participação do executivo na esfera do poder judiciário se exprime mediante o indulto, faculdade com que ele modifica efeitos de ato proveniente de outro poder. Igual participação se dá através da atribuição reconhecida ao executivo de nomear membros do poder judiciário. Do legislativo, por sua vez, partem laços vinculando o executivo e o judiciário à dependência das câmaras. São pontos de controle parlamentar sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de impeachment contra a autoridade executiva, aprovação de tratado (...).¹⁰³

Importante ressaltar, dentro desta seção, o papel da mídia na democracia em um Estado Constitucional. No dito neoliberalismo, Silva enfatiza que a bandeira erguida é pela desregulamentação das barreiras ao capital, enfraquecendo o domínio de determinadas classes e priorizando os benefícios sociais¹⁰⁴. A mídia, enquanto formadora de opinião, é instrumento de função

¹⁰⁰ CORREA, Celio Roberto; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática? Revista Meritum, v. 15, n. 1, pp. 130-148, jan/abr. 2020.

¹⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 53.

¹⁰² Id.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146.

¹⁰⁴ SILVA, César Augusto da. Reformas econômicas da América Latina no contexto da globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais e globalização*. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 1998, p. 219.

social, pois difunde informação, levando à sociedade – independente da classe social – o que, em outros tempos, não se conseguia levar. Portanto, a comunicação oferecida pela mídia atua como “aliada na busca pela democracia, cidadania e justiça, uma vez que proporciona combater o esquecimento social, fortalecendo a participação popular como forma de garantia de direito”¹⁰⁵.

Neste sentido é que Fausto Neto pontifica a importância da mídia não apenas como um lugar de interação social, mas, ao contrário, destaca-se, ao deter regras e poderes específicos, pela construção de sistemas de representação¹⁰⁶, tendo capacidade de interferência nos processos de poder do Estado, em suas expressões legislativa, administrativa e, também e o que nos importa, judicial¹⁰⁷.

Em seguida, portanto, estudaremos a implementação do Estado Social e a consequente judicialização das questões sociais.

2.4.1 Estado Social, Estado Constitucional e a judicialização das questões sociais

Nas lições de Barbosa, com o constitucionalismo, os Tribunais Constitucionais têm sido instados pelos atores políticos e sociais, cada vez mais, “a resolver litígios que envolvem desde questões relacionadas aos direitos de liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa e direito à privacidade) a questões relacionadas ao Biodireito, aborto, políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, união homoafetiva etc.”¹⁰⁸. Eis a “judicialização” de questões políticas. Streck assim a define:

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da

¹⁰⁵ POMPEO, Wagner Augusto Hundertmarck; MARTINI, Alexandre Jaenisch. O papel da mídia na construção da democracia, cidadania e justiça no mundo globalizado: um estudo voltado aos efeitos das ações de imprensa e micropolíticas fundadas no espaço local. 1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. UFSM, Santa Maria/RS, 2012, p. 4.

¹⁰⁶ FAUSTO NETO, Antonio. Comunicação e mídia impressa. São Paulo, Hacker, 1999, p. 13.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 62.

¹⁰⁸ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. Tese de Doutorado. Curitiba, 2011, p. 75.

filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisso que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.¹⁰⁹

Para Streck, então, “o grau de intervenção da justiça constitucional dependerá do nível de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição”¹¹⁰.

E aqui há de se destacar a relevância que possui o princípio da igualdade que funciona como força motriz deflagrador deste Estado social. Decorre dele os demais direitos básicos reclamados pelas classes. Não a igualdade jurídica do liberalismo, mas uma igualdade material no novo Estado, vinculando o legislador. Uma igualdade perante a lei, mas feita através dela¹¹¹. Assevera Bonavides:

Conduzido para fora das esferas abstratas, o princípio da igualdade, inarredavelmente atado à doutrina do Estado social, já não pode ignorar o primado do fator ideológico nem tampouco as demais considerações de natureza axiológica. Ideologia e valores entram assim a integrar o conceito de igualdade, provocando uma crise para a velha igualdade jurídica do antigo Estado de Direito. Ela que nascera ideológica, levantada nos braços do direito natural, se despolitizou num segundo momento, ao adquirir uma neutralidade de aparência, a qual apenas subsistiu enquanto pôde subsistir o antigo Estado de Direito da burguesia liberal e capitalista do século XIX¹¹²

Afinal, o princípio da igualdade é, sem embargo, constitutivo da ordem constitucional, perfazendo-se elemento primordial de uma Constituição aberta¹¹³. Com isso se diz que o Estado social deve ser produtor de igualdade fática, e não apenas jurídica, criando condições de se implementar a equivalência dos direitos do indivíduo¹¹⁴. Impende ressaltar que a liberdade não se tornou vulnerável com a igualdade. Ao contrário: o princípio da igualdade

¹⁰⁹ STRECK, Lênio. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

¹¹⁰ STRECK, Lênio. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 376.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2011, p. 376-377.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2011, p. 377.

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2011, p. 378.

efetiva apenas reforça a liberdade, assim como todos os direitos fundamentais se enrijecem¹¹⁵.

Portanto, patente é a importância do princípio da igualdade no ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático para a efetivação dos direitos sociais. Afinal, os direitos sociais básicos, quando implantados e resguardados, são a mais clara demonstração de uma igualdade niveladora, aplicada de forma concreta e não apenas abstrata quando se via na vigência do Estado liberal¹¹⁶. É o Estado se comprometendo a remover as injustiças sociais.

O jurista Perenthaler cuidou se referir ao princípio da igualdade material, fazendo uma análise do Tribunal Constitucional da Áustria. Desta maneira, referido princípio se converte em princípio jurídico básico do Estado prestacionista e administrativo¹¹⁷. Diz o autor austríaco que o princípio da igualdade encerra, em si, as noções fundamentais da própria justiça social, devendo, pois, ele, transformar-se em critério de distribuição da prestação estatal¹¹⁸.

Para Winkler, os direitos fundamentais funcionam não apenas como limite, mas como “valores diretivos para a administração e a legislação”¹¹⁹. Leibholz, por sua vez, da Corte Constitucional da Alemanha, pontifica que a desigualdade que cria a liberdade parece travar um problema quanto ao seu conceito e valor “de tal sorte que o sentido profundo de um igualitarismo político e social somente poderá ser o de transferir aquele que a liberdade fez servo para uma situação em que outra vez e já agora com o auxílio da igualdade, possa fazer um sensato uso da liberdade”¹²⁰.

Com o advento do Estado social, “o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança”¹²¹.

Importante asseverar que a Constituição do Brasil fez inserir, em seu rol de garantias e direitos do cidadão, vários direitos sociais. À guisa de exemplo,

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 378.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 379.

¹¹⁷ PERENTHALER, Peter. “Über Begriff und Standort des Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung”, *JBI*, 1965, p. 71.

¹¹⁸ PERENTHALER, Peter, 1965, p. 71.

¹¹⁹ WINKLER, Guenther. *Wertbetrachtung in Recht und ihre Grenzen*, Viena, 1959, p. 47.

¹²⁰ LEIBHOLZ, Gerhard. “Die freiheitliche und Egalitäre Komponente im modernen Parteienstaat”, in *Führung und Bildung in der heutigen Welt*, 1964, pp. 258 e ss.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 380.

temos os artigos 6º e 7º que tratam de direitos dos trabalhadores como o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário mínimo, o piso salarial, a irredutibilidade salarial etc.

Em nosso país, há a enorme preocupação em como fazer cumprir a Constituição. Esse tem sido o questionamento feito por constitucionalistas e cientistas políticos. Bonavides assevera que a Constituição de 1988 é dotada de promessas constitucionais por vezes em fórmulas vagas, imprecisas, abstratas, que reclamam, por vezes, legislação complementar para que o preceito contido na norma se concretize¹²².

Não por outro motivo é que houve, no Brasil, um acréscimo enorme, de criação de normas inconstitucionais, aumentando, por consequência, demandas ao Supremo Tribunal Federal. Ainda, há que se ter consciência de que senadores e deputados eleitos são, em números crescentes, despreparados e juridicamente inaptos¹²³. Eis o que se convém chamar de crise da estabilidade social no Brasil¹²⁴.

A tradução correta dessa crise não está apenas na crise da Constituição, que é distante da realidade, mas a crise de uma sociedade e do governo. Em resumo, pode-se cravar que é a crise das próprias instituições¹²⁵.

Com o objetivo de garantir identidade e estabilidade social, bem como o aumento da pressão de grupos sociais que se utilizam do Poder Judiciário como terreno de luta social, verifica-se a expansão da demanda do direito¹²⁶. O Poder Judiciário, pois, se transmuta em “um espaço público neutro, no seio do qual todo cidadão teria a possibilidade de fazer valer os seus direitos e interpelar os governantes”¹²⁷, assumindo, pois, o juiz, “o papel de manter os equilíbrios sociais, ponderando os interesses e definindo soluções aceitáveis socialmente”¹²⁸.

Em sentido favorável, Barbosa leciona:

¹²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 382.

¹²³ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; e ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Op. Cit.*, p. 78.

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 382.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 383.

¹²⁶ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 131.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 211.

¹²⁸ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. Cit.*, p. 76.

Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, é possível afirmar que há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, vêm sendo aceita pela sociedade, uma vez que os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar tais questões.¹²⁹

É Hirschl quem vai identificar a judicialização da política como “*juristocracy*”, e, segundo ele, ocorreu em mais de oitenta países, onde reformas da Constituição transferiram parte dos Poderes Executivo e Legislativo ao Poder Judiciário, sempre acreditando que este poderia alcançar a almejada afirmação dos direitos fundamentais.¹³⁰

No Brasil, pode-se dizer que o fenômeno ocorre desde a Constituição Federal de 1988, com a aproximação da sociedade ao judiciário. Via de exemplo, cita-se a criação de juizados especiais, nos quais o acesso é facilitado ao cidadão, não necessita de advogado para acionar o judiciário. Ainda, a criação de leis especiais que efetivam a proteção das partes hipossuficientes, como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, levaram a um processo de judicialização da política, transferindo a competência do Estado para o judiciário, eis que o magistrado se torna protagonista nestas questões¹³¹.

Isso é de fácil percepção em decisões do próprio Supremo Tribunal Federal sobre questões políticas: escândalos políticos do Mensalão e Lava-Jato, políticas públicas de saúde, pesquisas em células-tronco, desarmamento, união homoafetiva, abordo etc. As decisões sobrevieram, parte delas, “por meio de ações perpetradas por partidos políticos e outras por associações representativas de direitos das minorias”¹³².

Portanto, conclui-se que o judiciário assume um protagonismo no constitucionalismo (em vários países). A questão é confundida, muitas vezes, pelo tão dito ativismo judicial. Ocorre que, é de se raciocinar, os juízes “ativistas” o devem ser para a garantia de direitos fundamentais insculpidos na Constituição de seu país, de modo a implementar a justiça social, o que, nas palavras de

¹²⁹ Ibidem, p. 76-77.

¹³⁰ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1.

¹³¹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. Cit.*, p. 81.

¹³² Ibidem, p. 82.

GARGARELLA, seria um “dever de civilidade”¹³³, e não um ativismo “extra constituição”, de interpretação do seu próprio ponto de vista¹³⁴.

2.5 O ativismo judicial como supressor de garantias fundamentais no processo penal

Fala-se que o fenômeno do todo esse ativismo judicial se deve em razão da superação do positivismo ou a um pós-positivismo, ou a um neoconstitucionalismo¹³⁵. Como exemplo disso, Lênio Streck cita a medida cautelar na ADI nº 5.874, quando o ministro Luís Roberto Barroso decidiu, monocraticamente, redefinir o Decreto de indulto natalino, prerrogativa exclusiva do Presidente da República:

Para o ministro, o indulto agora está proibido — por ele, monocraticamente — em casos de crimes como peculato e corrupção ativa e passiva, de pena pendentes de recurso da acusação, de presos que cumpriram menos de um terço da pena... enfim, *há uma série de perfis a partir dos quais o indulto está vedado*. Atenção: Também penso — e neste ponto estou de acordo com o ministro — que o presidente da República não tem liberdade absoluta para conceder indulto. Não tem carta branca. Já escrevi sobre isso, falando sobre indulto para crime hediondo (comentei a decisão do STF na ADI 2.795). Mas daí o Judiciário, no caso, um ministro do STF, *reescrever o decreto vai uma distância enorme*. Se fizer controle de constitucionalidade — bem fundamentado — o que acontece é invalidação do texto. Ou uma interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*). Ou uma nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung* ohne Normtextreduzierung). Ou até uma nulidade parcial com redução de texto. Mas, fazer um “novo”? *Legislar em lugar do presidente?*¹³⁶

A nocividade do ativismo judicial retratada na decisão comentada por Streck acima retrata o próprio conceito dado a ele por Clarissa Tassinari, quando afirma que “o ativismo judicial diz respeito a uma postura do judiciário para além dos limites constitucionais”¹³⁷. Já Streck define o ativismo judicial quando o juiz ou um tribunal “decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim,

¹³³ GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. 1997. p. 68.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 83.

¹³⁵ GOMES, Jefferson de Carvalho. Dissertação já citada..., p. 62.

¹³⁶ STRECK, Lênio. O indulto e a escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! Conjur, 2018.

¹³⁷ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”¹³⁸.

Dworkin adverte que o juiz não é eleito por uma questão absolutamente importante: as decisões proferidas por eles não podem ser alvos de controle popular. Ao contrário, devem ser imunes a esse fenômeno. Decorre daí, então, a obrigatoriedade de não decidir independente da lei, expandindo-a ou a modificando¹³⁹.

A preocupação reside no fato, então, de que o juiz, como intérprete, possa, fora dos limites legais e, pior, constitucionais, julgar um caso concreto. Não por outro motivo que Streck defende que a teoria da norma, através da normatividade dos princípios e da teoria da interpretação, tem como objetivo proteger o ordenamento jurídico do ativismo judicial¹⁴⁰.

Daí porque o constitucionalismo pode ser concebido como esse movimento teórico jurídico-político e social que tem como finalidade a contenção do poder abusivo estatal, a partir de meios aptos a afiançar o pleno exercício da cidadania¹⁴¹. Streck pontifica:

Ora, o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é (lembramos, aqui, a assertiva de Herbert Hart, em seu *Concept of Law*, acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista. Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretender adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas.¹⁴²

¹³⁸ STRECK, Lênio. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 583.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

¹⁴⁰ STRECK, Lênio. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴¹ STRECK, Lênio. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

¹⁴² STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 166-167.

O autor prossegue defendendo que o magistrado ou o Tribunal não pode, a pretexto de inexistir um método que garanta o processo de interpretação, interpretar um texto conforme a sua vontade, considerando sua subjetividade. Defende, inclusive, que referida atuação acaba por ignorar, inclusive, o texto de lei¹⁴³.

Por isso se fala que o ativismo judicial se relaciona diretamente com a crise de legitimidade e representatividade democrática, deslocando-se os órgãos representativos da própria sociedade, a o desinteresse na efetivação de direito e garantias fundamentais de cunho social. Com isso, promove-se a aproximação do exercício da cidadania para o Poder Judiciário¹⁴⁴.

Por outro lado, o próprio Barroso traz o ponto de vista no sentido de que a expansão da atuação do Poder Judiciário em questões omitidas por outros poderes advém de uma crise de representatividade, de legitimidade e, finalmente, de funcionalidade, assim como fez com que o Poder Executivo se utilizasse de medidas provisórias, fomentando, ainda mais, o agir do Judiciário¹⁴⁵.

Oliveira traz a seguinte concepção do ativismo:

A concepção de ativismo, por sua vez, está jungida a uma efetiva participação extensiva e vigorosa do Judiciário na consolidação dos valores e fins preconizados constitucionalmente. É uma interpretação proativa da *Lex Fundamentallis* que propicia uma releitura de seu real sentido, alcance e valores axiológicos, com o objetivo de permitir a prolação de decisões modernas, reformadoras/revolucionárias, progressistas e construtivas.¹⁴⁶

Neste sentido, Correa e Quadros afirmam que a justificativa para um atuar do Poder Judiciário na ausência de atuação dos demais poderes objetiva a garantia do mínimo existencial, sendo, o Judiciário, um destinatário de

¹⁴³ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 168.

¹⁴⁴ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Seguridade social, mínimo existencial e ativismo judicial*. In: *Revista de Políticas Públicas*. v.2. n.2. 2016, p. 638.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, v. 05. n. 01. Rio de Janeiro: UERJ, p. 23-32, 2012, p. 27.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. *Ativismo Judicial: qual é o limite do Poder Judiciário*. In: *Doutrina Pátria*. 2017, p. 3.

“frustrações sociais”¹⁴⁷. Já Martini e Lessa vaticinam que a causa do fenômeno se deve à ineficácia estatal, sensibilizando-se o Poder Judiciário para alcançar o bem-estar e a justiça social¹⁴⁸. Assim, em razão do Constitucionalismo, que efetivam, através de suas Constituições, direitos e garantias fundamentais, é que os juízes se permitem decidir de modo a dar eficácia aos mesmos¹⁴⁹.

Impende trazer as lições de Mazarotto e Quadros que concluem pela necessidade, na construção de uma sociedade justa, de atuação das várias instituições que a compõem. Elas são responsáveis pela eficácia de direitos individuais e sociais, independente de quem seja, que fornecem à sociedade o atributo de igualdade. Acrescentam que as falhas de gestão dos demais poderes incentivam a intervenção do próprio Judiciário, posto que sua função é a promoção do que está expresso na Constituição¹⁵⁰.

Neste sentido, Barroso assevera:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais.¹⁵¹

Mazarotto e Quadros defendem, portanto, que, no Estado Social, o Poder Judiciário se torna, por assim, dizer, responsável pela concretização dos direitos sociais, e, desta forma, passa a deter atribuições inerentes aos demais poderes¹⁵².

¹⁴⁷ CORREA, Celio Roberto; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática? *Revista Meritum*, v. 15, n. 1, pp. 130-148, jan/abr. 2020.

¹⁴⁸ MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O Ativismo Judicial e a Intervenção do Poder Judiciário: A Limitação dos Orçamentos Públicos e a Garantia do Direito Fundamental à Saúde. *In: Revista Jurídica (FURB)* v. 21, n. 44. 2017, p. 5-24.

¹⁴⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

¹⁵⁰ MAZAROTTO, Eduardo Brugnolo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Ações afirmativas e judicialização da política: um olhar baseado na teoria de John Rawls. *In: Revista Eletrônica Direito e Política UNIVALI*, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019, p. 156-178.

¹⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005, p. 51.

¹⁵² MAZAROTTO, Eduardo Brugnolo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Ações afirmativas e judicialização da política: um olhar baseado na teoria de John Rawls. *In: Revista Eletrônica Direito e Política UNIVALI*, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019, p. 156-178.

Portanto, a questão é, sempre e sempre, valorar o ativismo judicial e verificar se ele encontra limites na Constituição, efetivando-se garantias e direitos fundamentais, ou se os contraria. Se os contraria, o ativismo judicial alimenta a vontade do julgador que, com base em sua discricionariedade, decide o que quer. Se os efetiva, o ativismo judicial cumpre um papel relevante no Estado Democrático de Direito.

Antes de retomar a reflexão no próximo capítulo é importante recapitular alguns pontos vistos até aqui. A partir do princípio da publicidade dos processos penais de escândalos políticos observa-se a grande exposição do judiciário corroborando para o seu protagonismo. Tal protagonismo é proveniente também em virtude do modelo jurídico de Estado adotado pelo Brasil: o constitucionalismo. Perpassando pela teoria da separação dos poderes e a sua importância para um modelo jurídico interno, e a partir de pesquisa bibliográfica, que foi a metodologia utilizada no trabalho, refletimos sobre a transição do Estado liberal para o Estado Social que o constitucionalismo impôs, efetivando-se, cada vez mais, os direitos individuais insculpidos na Constituição Federal de 1988. Além desta garantia, a literatura sobre o assunto também aponta que a partir da Constituição de 1988 se tem o fenômeno do ativismo judicial no Brasil.

3 A MÍDIA NA LEGITIMAÇÃO DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Vimos, inicialmente, citando casos práticos, as coberturas sensacionalistas realizadas pelos meios de comunicação. Ainda, como o Poder Judiciário tornou-se cada vez mais protagonista, sendo, o ativismo judicial, cada vez mais debatido no Estado Social e Democrático de Direito. Veremos, pois, neste tópico, como a mídia atua de modo a legitimar referido protagonismo, trabalhando como verdadeiro poder – o quarto e distinto dos outros três. Finalmente, refletiremos sobre o espetáculo que vige na era da indústria da informação, quais são os seus métodos, objetivos e quais são as suas consequências.

3.1 A mídia como quarto poder

Agora, impende tratar de uma fonte legitimadora de todo esse protagonismo do Poder Judiciário ou, mais precisamente, do ativismo judicial “negativo”: a mídia. Num primeiro momento, abordaremos o assunto partindo da sua relação com o poder. Desde esse ponto de partida, Thompson fornece algumas diretrizes e conceitos. O autor pontifica que existem quatro tipos de poder: econômico, político, coercitivo e simbólico¹⁵³. Quadros explica cada um dos poderes:

O poder econômico refere-se à atividade humana produtiva, o poder político parte da atividade de coordenação dos indivíduos e da regulamentação dos padrões de interação social, tendo no Estado o seu *locus* privilegiado. O poder coercitivo implica o uso, ou a ameaça, da força física e o poder cultural, ou simbólico – que é o que nos interessa aqui – é característico da vida social e nasce das atividades de produção, transmissão e recepção do significado das formas simbólicas, tendo no campo da mídia um dos seus espaços mais importantes.¹⁵⁴

¹⁵³ THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 22.

¹⁵⁴ QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 7, n. 2, 2016, p. 89-90.

Portanto, a relação de poder e mídia fica adstrita ao poder simbólico ou cultural. Thompson assinala que referido poder surge da atividade de três variantes em relação às formas simbólicas: a produção, a transmissão e a recepção do seu significado. E que essas atividades simbólicas constituem característica essencial da vida social¹⁵⁵. Ele explica:

Os indivíduos se ocupam constantemente com as atividades de expressão de si mesmos em formas simbólicas ou de interpretação das expressões usadas pelos outros; eles são continuamente envolvidos na comunicação uns com os outros e na troca de informações de conteúdo simbólico. Assim fazendo, se servem de toda sorte de recursos que descreverei como “meios de informação e comunicação”. Esses recursos incluem os meios técnicos de fixação e transmissão; as habilidades, competências e formas de conhecimento empregadas na produção, transmissão e recepção da informação e do conteúdo simbólico (que Bordieu chama de “capital cultural”); e o prestígio acumulado, o reconhecimento e o respeito tributados a alguns produtores ou instituições (“capital simbólico”).¹⁵⁶

Os indivíduos, portanto, utilizam-se destas formas simbólicas para desempenhar atividades que tenham a capacidade de influenciar no curso dos acontecimentos. Neste sentido é que as ações simbólicas têm a relevância de provocar as mais diversas consequências, como reações, respostas, sugestões, decisões, crença, descrença, enfim, intervindo nas ações de outras pessoas. E isso como fruto da produção e transmissão das formas simbólicas¹⁵⁷.

Portanto, a partir de Thompson, fica claro que o poder simbólico se utiliza de recursos para produzir algo. Os recursos são os meios de informação e de comunicação e as instituições que se utilizam destes recursos são as mais variadas: igrejas, escolas, universidades, a mídia, etc¹⁵⁸. Quadros ensina:

De modo fundamental, o uso dos meios de comunicação que fazem parte do campo da mídia transformam a organização espacial e temporal da vida social ao gerar novas formas de ação e de interação; ao mesmo tempo, esse uso cria novas formas de exercer o poder em que não se precisa compartilhar o mesmo espaço físico. Assim, entre as formas de exercer o poder, impostas pela mídia, está a reordenação das relações de tempo e espaço, alterando a experiência dos indivíduos ao criar nova percepção, sensibilidade e sociabilidade; a construção da realidade sofre graves mutações; as percepções e

¹⁵⁵ THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia, 1998, p. 24.

¹⁵⁶ THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia, 1998, p. 24.

¹⁵⁷ THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia, 1998, p. 24.

¹⁵⁸ Ver a “Tabela 1.1 Formas de poder”, onde se demonstra as formas de poder, os recursos utilizados e as instituições paradigmáticas, *in* THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia, 1998, p. 25.

concepções de espaço e tempo alteram-se; a moderna distinção entre o público e o privado mescla-se. Também se inclui aí o fato de a comunicação midiática aparecer como um elemento fundamental de configuração da sociabilidade ao alterar o modo de estar, sentir, perceber e pensar o mundo.¹⁵⁹

A indústria da mídia, inserida no campo social, atua com objetivos muito maiores do que apenas buscar se tornar uma instituição social reconhecida. Para além, ela busca concentrar a função de fornecer visibilidade aos outros campos sociais como por exemplo o campo social da política, o da saúde, da educação e o do direito assunto deste capítulo. O alcance de seu objetivo vai muito além de se constituir como campo específico na sociedade. E, por este motivo é que a mídia exerce poder de acordo com o seu conceito mais geral, ou seja, o poder como capacidade de ação que intervém no curso de acontecimentos mediante os recursos disponíveis para alcançar os seus efeitos pretendidos¹⁶⁰.

Chamada de “quarto poder”, a mídia foi sendo reconhecida, inclusive, como pressuposto à própria democracia. Algumas sociedades só são alcunhadas de democráticas quando há a expressa previsão da liberdade de opinião e de manifestação que, por sua vez, é corporificada através dos meios de comunicação de massa. A grande questão é a indagação que Fonseca faz: quem controla o quarto poder?¹⁶¹

Esse monopólio da mídia na publicização dos demais campos sociais da sociedade, ou seja, da criação de uma dimensão pública inédita constitui o poder invisível para alteração da percepção, da sensibilidade e, por fim, da sociabilidade¹⁶². Desde esse ponto de vista, impende ressaltar a importância do conceito da comunicação. Quadros assim assinala:

Para entender-se essa influência é preciso aceitar-se o termo “comunicação” como caracterizado pela ênfase no seu caráter mediático, pois ele apresenta características bem diferenciadas da comunicação interpessoal prevalecente em outras épocas. Essa comunicação denominada de “midiática” tem, por um lado, a mídia atuando na produção das notícias e das informações e, por outro lado, o seu público colocando-se como receptor, o que certamente

¹⁵⁹ QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 7, n. 2, 2016, p. 90.

¹⁶⁰ QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social, 2016, p. 89-90.

¹⁶¹ FONSECA, Francisco C. P. Mídia e democracia: falsas confluências. Dossiê Mídia e Política. *Revista Sociol. Polít.* Curitiba, 22, p. 13-24, jun. 2004, p. 20.

¹⁶² QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social, 2016, p. 91.

obscurece o procedimento dialogal da comunicação e cria efeitos consideráveis sobre a opinião pública.¹⁶³

Não se olvida, claro, da conquista que fez tanto a política quanto a comunicação sofrerem mudanças na sociedade atual. Isso porque a configuração da nova política se deu como tratamos no capítulo anterior pela afirmação de políticas sociais junto ao Estado, colaborando com a aproximação das massas as decisões judiciais. Essa democracia das massas se dá justamente pela efetiva socialização política. Porém, conforme leciona Quadros, o êxito das teorias democráticas ficou comprometido por conta do não reconhecimento de que a mídia atua como agente político¹⁶⁴.

Vale dizer, a mídia, com o monopólio da publicização dos outros campos sociais, inevitavelmente seleciona o que deve ser visto pela opinião pública. Esse controle de visibilidade do social demonstra o grande efeito do poder da mídia sobre a realização da política, porquanto esta torna-se dependente daquela, sendo obrigada a se adaptar às regras e condições impostas pelas indústrias midiáticas para a realização das atividades de produção, transmissão e recepção de mensagens¹⁶⁵.

Vale anotar a observação do Quadros:

O campo da mídia, com os seus “meios técnicos” ou “meios de comunicação”, apresenta-se, por um lado, como o principal, senão o mais eficaz, instrumento de acesso dos cidadãos às informações que são imprescindíveis para agirem na esfera pública; por outro lado, ele configura-se como um caminho, senão o mais usado, para que os líderes políticos divulguem e façam públicas as suas mensagens, os seus projetos e os temas para debate público. O campo da mídia, ao controlar esse momento da publicização da política, corresponde a uma situação de poder em sua acepção mais geral, o que sugere que o campo da mídia é portador da capacidade, ou possibilidade, de agir e de produzir efeitos em que se assenta a definição ampla do conceito de poder.¹⁶⁶

Portanto, é inegável o poder que o campo da mídia exerce na política, fazendo esta se comportar de acordo com os seus regramentos e interesses. Dentre os interesses, a insegurança social passa a ser explorada pelo campo da mídia. Neste particular, Bauman aborda a questão da insegurança a partir da

¹⁶³ QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social, 2016, p. 91.

¹⁶⁴ QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social, 2016, p. 91.

¹⁶⁵ QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social, 2016, p. 91.

¹⁶⁶ QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social, 2016, p. 92.

discussão sobre como as cidades se transformaram em abrigos e, simultaneamente, fontes do perigo que se visa proteger, utilizando-se do exemplo dos condomínios fechados como autossustentáveis, que cria espécie de “fora” estando “dentro”¹⁶⁷.

Bauman, nesta linha de raciocínio, chega à conclusão de que as cidades, que tinha por objetivo proporcionar segurança aos seus habitantes, vincula-se muito mais com a insegurança que com a proteção. Com a insegurança social, advém o medo, que ganha relevo com a contribuição da mídia:

O fator medo [na construção e reconstrução das cidades] certamente aumentou, como é indicado pelo crescimento dos sistemas de tranca de carros, de portas das casas e de segurança, pela popularidade das comunidades ‘fechadas’ e ‘seguras’ para todas as idades e faixas de renda, e pela crescente vigilância dos espaços públicos, para não mencionar as infundáveis notícias de perigo divulgadas pelos meios de comunicação de massa.¹⁶⁸

Conforme Bauman, infere-se que essa insegurança existencial, a fragilidade da posição social e as incertezas que acometem aos indivíduos sobre o futuro, o que chama de um “mundo líquido-moderno”, são importantes para que se atente para a segurança, trazendo, aos alvos, preocupações que se transmitem em segregação, e, via de consequência, em guerras¹⁶⁹.

Essa preocupação de servir a essa guerra, por sua vez, interessa economicamente a vários setores. Na obra “Tempos líquidos”, de Bauman, em particular, o autor cita o exemplo dos novos produtos urbanísticos, destinados a afastar ou filtrar os usuários com “espaços interditados”, segregando e excluindo com a construção de verdadeiros muros ou cercas. A distância mantida dos indesejáveis é sinônimo, pois, de proteção e segurança¹⁷⁰.

Ao lado da era da mercadoria, a era da informação contribui muito para o fenômeno da insegurança social, consoante nos ensina Bauman. Segundo o autor, o mundo é composto e trilhado por “auto-estradas da informação”, isto é,

¹⁶⁷ BAUMAN, Zigmunt. Tempos líquidos: tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 81-82.

¹⁶⁸ ELLIN, Nan. “Shelter from the storm, or form follows fear and vice versa”. In *Architecture of Fear*, Nan Ellin (orgs.). Princeton Architectural Press, 1997, p. 13, 26..

¹⁶⁹ BAUMAN, Zigmunt. Tempos líquidos, 2007, p. 83.

¹⁷⁰ BAUMAN, Zigmunt. Tempos líquidos, 2007, p. 83-84.

tudo o que acontece neste planeta chega ao conhecimento da massa e nada pode ficar de fora¹⁷¹. Nas palavras de Bauman:

Não há *terra nulla*, não há espaço em branco no mapa mental, não há terra nem povo desconhecidos, muito menos incognoscíveis. A miséria humana de lugares distantes e estilos de vida longínquos, assim como a corrupção de outros lugares distantes e estilos de vida longínquos, são apresentadas por imagens eletrônicas e trazidas para casa de modo tão nítido e pungente, vergonhoso e humilhante como o sofrimento ou a prodigalidade ostensiva dos seres humanos próximos de casa, durante seus passeios diários pelas ruas das cidades.¹⁷²

A sociedade da informação, segundo Wertheim, é uma expressão utilizada para substituir o complexo conceito de sociedade pós-industrial, servindo para transmitir o novo paradigma técnico-econômico. Ou seja, os produtos de energia foram trocados pelos serviços de informação, através do avanço da tecnologia na telecomunicação¹⁷³.

Esse avanço constitui uma tendência até para sociedades menos industrializadas e definem a era da tecnologia da informação, tendo por características, citadas por Wertheim: (a) a informação como matéria-prima, permitindo que o indivíduo atue a partir da informação recebida; (b) a alta penetrabilidade da informação; (c) o predomínio da lógica das redes; (d) a flexibilidade que permite a reversibilidade; (e) a crescente convergência de tecnologias, tornando as diferentes áreas do saber interligadas¹⁷⁴.

Dito isso, impende ressaltar os desafios da sociedade da informação, que não são poucos, de caráter econômico, cultural, social e legal, objetivando, ao final, a chamada do conhecimento. Segundo o autor supracitado, “O acesso universal ao conteúdo e a fontes de conhecimento aponta para a necessidade de resolver vários outros desafios”¹⁷⁵.

¹⁷¹ BAUMAN, Zigmunt. Tempos líquidos, 2007, p. 11.

¹⁷² ELLIN, Nan. “Shelter from the storm, or form follows fear and vice versa”. In *Architecture of Fear*, Nan Ellin (orgs.). Princeton Architectural Press, 1997, p. 13, 26.

¹⁷³ WERTHEIM, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000, p. 71.

¹⁷⁴ WERTHEIM, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000, p. 72.

¹⁷⁵ WERTHEIM, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000, p. 77.

3.2 A exploração através da imagem na era da indústria da informação: a sociedade do espetáculo

É exatamente através da imagem que a mídia, na era da informação, explora essas notícias. Mais que explorar suas notícias, explora a própria dor de outras pessoas para fazer suas notícias. Isso resta claro quando a imagem de uma atrocidade gera repercussão e suscita reações das mais diversas¹⁷⁶.

Nessa linha, conclui-se que o prazer na dor alheia trazida pela imagem é cômoda, pois sempre coloca o espectador longe da desgraça. A dor do outro é, pois, regozijante, desde que, claro, o outro esteja bem longe, do outro lado, mas que eu possa, confortavelmente, ver através de imagens. Sontag assinala:

Parece que a fome de imagens que mostram corpos em sofrimento é quase tão sôfrega quanto ao desejo de imagens que mostram corpos nus. Durante muitos séculos, na arte cristã, imagens do inferno proporcionavam essa dupla satisfação elementar. Às vezes, o pretexto podia ser uma narrativa bíblica de decapitação (Holofernes, João Batista), lendas de massacres (os meninos judeus recém-nascidos, as 11 mil virgens) ou algo do tipo, mas investidos da condição de um fato histórico real e de um destino implacável. [...] Apenas uma provocação: você é capaz de olhar por isso? Existe a satisfação de ser capaz de olhar para a imagem sem titubear. Existe o prazer de titubear.¹⁷⁷

Daí porque a autora insiste em assinalar que as imagens produzidas de atrocidades e crueldades, geralmente em desfavor do “inimigo” (negros e pobres), promovem, a bem da verdade, um grande espetáculo. A grande atração sempre será a exibição do sofrimento do outro, sendo, o outro, alguém apenas para ser visto, um objeto, e não que também vê¹⁷⁸.

Desde esse ponto de vista, é crucial entendermos que vivenciamos a globalização, marcada pela revolução tecnológica, que sucedeu as revoluções mercantil e industrial. A atual revolução, pois, é fundamentalmente comunicacional¹⁷⁹.

Não se pode deixar de ressaltar a influência inexorável que o nosso modo de produção, o capitalista, possui em nossa sociedade. A grande indústria

¹⁷⁶ SONTAG, Susan. Diante da dor dos outros. Trad. Rubens Figueiredo – São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 16.

¹⁷⁷ SONTAG, Susan. Diante da dor dos outros, 2003, p. 38.

¹⁷⁸ SONTAG, Susan. Diante da dor dos outros, 2003, p. 63.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A questão criminal. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2ª reimpressão, 2018, p. 7.

da informação, denunciada por Sousa Santos, como veremos a seguir, nasce fruto do modo de produção que se vivencia em determinada sociedade.

Sousa Santos assinala que as grandes transformações que ocorrem merecem destaque nos diferentes campos sociais: na economia, o capitalismo informacional e economia eletrônica; no domínio social, a sociedade em rede, bem como a info-exclusão e info-inclusão; na política, a democracia eletrônica e política do espetáculo; na cultura, a cibercultura¹⁸⁰.

Não por outro motivo é que Souza Santos vai além ao afirmar que, em decorrência desta última revolução, exsurge a revolução da desregulamentação e da privatização do setor da comunicação. Esse fenômeno acabou por dar vida à grande indústria da informação. E é justamente neste cenário que essa indústria vê, no Poder Judiciário, sua grande atração¹⁸¹ Argumentaremos neste sentido na próxima seção. No entanto ainda merece destaque aqui as contribuições de Debord quanto a Sociedade Espetáculo.

Debord afirma que nas sociedades em que predominam as modernas condições de produção acabam por se materializar através de uma série de espetáculos, tornando o que era real em, agora, apresentação¹⁸². O autor pontifica:

As imagens que se destacaram de cada aspecto da vida fundem-se num fluxo comum, no qual a unidade dessa mesma vida já não pode ser restabelecida. A realidade considerada parcialmente apresenta-se em sua própria unidade geral como um pseudomundo *à parte*, objeto de mera contemplação. A especialização das imagens do mundo se realiza no mundo da imagem autonomizada, no qual o mentiroso mentiu para si mesmo. O espetáculo em geral, como inversão concreta da vida, é o movimento autônomo do não vivo.¹⁸³

Debord afirma que a sociedade é fundamentalmente “espetaculoísta” na medida em que o seu modo de produção se lastreia na indústria moderna. Nessa sociedade, o espetáculo deseja apenas o desenvolvimento da sua imagem, não

¹⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação, 2005, p. 88.

¹⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. Sociologias, Porto Alegre, n. 13, p. 82-109, jun. 2005.

¹⁸² DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abre – Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 13.

¹⁸³ DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo, 1997, p. 13.

se importando com o fim a ser obtido. Ou seja, o fim do espetáculo não é nada senão ele mesmo¹⁸⁴.

Nesse sentido, o autor ainda assinala que “O espetáculo é o momento em que a mercadoria ocupou totalmente a vida social. Não apenas a relação com a mercadoria é visível, mas não se consegue ver nada além dela: o mundo que se vê é o seu mundo”¹⁸⁵.

O modo de produção da “sociedade de espetáculo” encontra, pois, o seu grande triunfo: a transformação de produtos em imagens. Quanto mais terríveis as imagens, maior o interesse em se reproduzir para atender os anseios dessa mesma sociedade. Sontag retrata bem a questão:

Quanto mais remoto ou exótico o lugar, maior a probabilidade de termos imagens frontais completas dos mortos e dos agonizantes. Assim, a África pós-colonial existe na consciência do público em geral no mundo rico – além da sua música sensual – sobretudo como uma sucessão de fotos inesquecíveis de vítimas com olhos esbugalhados, desde as imagens da fome em Biafra, no fim da década de 1960, até os sobreviventes do genocídio de quase 1 milhão de túsis em Ruanda, em 1994 e, poucos anos depois, as crianças e os adultos cujas pernas e braços foram amputados durante a campanha de terror em massa promovida pela RUF, um movimento rebelde de Serra Leoa. (...) Essas imagens trazem uma mensagem dupla. Mostram um sofrimento ultrajante, injusto e que deveria ser remediado. Confirmam que esse é o tipo de coisa que acontece naquele lugar. A ubiquidade dessas fotos e desses horrores não pode deixar de alimentar a crença na inevitabilidade da tragédia em regiões ignorantes ou atrasadas – ou seja, pobres – do mundo.¹⁸⁶

Tais imagens, para além de reforçar para o que Sontag chama a atenção, parece conformar aqueles que estão distantes. Portanto, a indústria da informação, a mídia, detentora do poder – como já visto – da comunicação, seleciona e vende essas imagens através dos programas televisivos ou da *internet*. Dá à essa sociedade o que ela quer.

Importa ressaltar que o avanço tecnológico fez com que a notícia fosse tratada de maneira distinta de outrora. Isso porque com o grande avanço de alcance das rádios, a acessibilidade de televisões e, principalmente, da *internet*

¹⁸⁴ DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo, 1997, p. 17.

¹⁸⁵ DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo, 1997, p. 30.

¹⁸⁶ SONTAG, Susan. Diante da dor dos outros, 2003, p. 38.

e suas redes sociais, neste século XXI, a manchete que era local, hoje se transmuta em universal, viralizando em um espaço de tempo muito curto¹⁸⁷.

3.3 A consequência nefasta: o protagonismo do Poder Judiciário em resposta aos reclamos dos telespectadores

Impende ressaltar que uma das consequências desta sociedade da informação e do espetáculo é o corroborar para a consolidação do protagonismo do Poder Judiciário. No processo penal, a mídia encontra maior mercado através de sua intervenção do que qualquer outro ramo do Direito ou administrativo¹⁸⁸. Com o objetivo de lucrar, a mídia, então, explora os sentidos humanos com o objetivo de um maior número de espectadores. Esse sensacionalismo recai, predominantemente, sobre os grandes dramas da vida, ou seja, os casos penais:

Este novo protagonismo judiciário traduz-se num confronto com a classe política e com outros órgãos de soberania, nomeadamente o poder executivo. Estamos perante uma judicialização dos conflitos políticos que não pode deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciais. Para além da judicialização dos conflitos políticos, a notoriedade dos tribunais está relacionada com a explosão de litigiosidade, induzida pelas dívidas de consumo e pela pequena criminalidade contra a propriedade, directa ou indirectamente relacionada com o tráfico e o consumo de drogas. Esta vaga expansionista de pequena criminalidade e os sintomas de insegurança social que gerou trouxeram para a ribalta mediática os tribunais. Um outra face da visibilidade dos tribunais reside no despontar de novos tipos de criminalidade, com forte repercussão pública, como o crime económico organizado, as associações criminosas, a corrupção, o tráfico de droga e de armas, de crianças, de prostitutas e de órgãos para transplantes.¹⁸⁹

O sistema de justiça criminal se torna um lugar privilegiado ao espetáculo, consumível pelos espectadores, “de fascínio, fé e perversão”¹⁹⁰. Ibañez assinala que, do “conjunto das articulações estatais, a judicial é,

¹⁸⁷ GOMES, Jefferson de Carvalho. A criminalização na sociedade do espetáculo: aportes hermenêuticos para a contenção do ativismo judicial. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Petrópolis. Petrópolis, 2018, p. 39.

¹⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. Sociologias, Porto Alegre, n. 13, p. 82-109, jun. 2005, p. 97.

¹⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação, 2005, p. 98.

¹⁹⁰ CASARA, Rubens R.R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 15.

seguramente, a que incorpora, no *mise en scène* e no marco de suas atuações, o maior número de expressões simbólicas e alegóricas”¹⁹¹.

E isso porque o processo penal é um ramo do direito caracterizado pela alta tensão pela possibilidade da privação da liberdade individual. Os efeitos das ações e omissões no processo penal repercutem inexoravelmente na opinião pública, reduzindo ou aumentando, conforme o caso, os danos na sociedade: seja pela violação a bens jurídicos causadores de danos na sociedade, seja a violação de garantias fundamentais pelo Estado em desfavor do acusado¹⁹². Mais que isso, o processo penal é campo de luta política, conforme leciona Casara:

Uma luta que se trava a partir de opções relativas ao trato do poder penal, isso é, escolhas que dizem respeito à forma pela qual se opta por impor sofrimento (ainda que legítimo) a pessoas. Nunca se deveria esquecer que o processo penal pode servir como instrumento tanto de repressão e incremento de violência social (modelo autoritário) quanto de garantia dos direitos fundamentais (modelo democrático); tanto como instrumento de perseguição política (e exemplos não faltam na história recente) quanto como meio de racionalização do poder penal.¹⁹³

No Brasil, onde predomina o modelo autoritário (apesar da recente alteração do Código de Processo Penal, que determina o sistema acusatório, em 2019, através da Lei nº 13.964), o processo penal serve justamente para privar liberdades – ou excluir – dos indesejáveis, os inimigos, ou seja, como instrumento de controle dessa população que não possui condições econômicas que interessam ao poder político e econômico¹⁹⁴, como vimos quando tratamos da insegurança social a partir de Bauman, na seção passada. Ademais, esse tipo de polícia criminal – chamada de direito penal do inimigo – só fomenta a garantia das desigualdades sociais¹⁹⁵.

É no processo penal, justamente o campo do direito visto, inicialmente, como meio de racionalização do poder, é que ocorre a transformação para atender a um entretenimento lucrativo: abandona-se a ideia de verdade e

¹⁹¹ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Tercero en Discordia: jurisdicción y juez del Estado Constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2015, p. 381.

¹⁹² CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 17.

¹⁹³ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 17.

¹⁹⁴ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 18.

¹⁹⁵ BOZZA, Fábio da Silva. Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal. Tese apresentada ao PPGD da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 57.

liberdade para apostar no sofrimento (prisão) como maneira de agradar ao público, mantendo a sua atenção pelo maior tempo possível. Evidente que essa lógica do espetáculo acaba por mitigar o sistema acusatório que deveria comandar o processo penal¹⁹⁶.

Ou seja, pouco importam os fatos, o que ocorreu de fato. O que realmente importa, no espetáculo do processo penal, é o que irá agradar aos espectadores, o que Casara chama de plateia de consumidores, indo ao encontro aos interesses dos patrocinadores do espetáculo¹⁹⁷.

Segundo Rubens Casara, os papéis são absolutamente corrompidos para que o espetáculo se concretize dentro do processo penal: os juristas já não mais são juristas. De ator jurídico, passa a exercer meramente o papel de coadjuvante espectador. O juiz, antes o presidente do processo, responsável por deixar em ordem o processo, avoca as responsabilidades de verdadeiro diretor. O Ministério Público, fiscal da lei e órgão acusatório, acaba por desempenhar o papel de roteirista do enredo. Eis a estetização do processo penal, invadida por interesses econômicos, atendendo o desejo da indústria da informação¹⁹⁸.

É claro que referida estetização do processo penal subverte a sua lógica de busca da verdade processual para que, elegendo a hipótese a alcançar o maior número de espectadores, o entretenimento atenda às expectativas da indústria do poder econômico, impulsionado pelos meios de comunicação de massa. E isso porque o Poder Judiciário detém influência política no campo do poder penal:

Por evidente, o papel do Poder Judiciário (que ora se apresenta como “garantidor” dos direitos fundamentais, ora como agência de segurança pública, mero coadjuvante do Poder Executivo), na ampliação, ou não, do poder penal tem forte coloração política. O reconhecimento da dimensão política do processo penal e, em especial, a natureza política do ato que leva à determinação do sentido das normas processuais é, por um lado, condição para desvelar distorções e, por outro lado, serve para fortalecer a busca do sentido constitucionalmente adequado da norma produzida pelo intérprete a partir dos valores democráticos do Estado de Direito.¹⁹⁹

¹⁹⁶ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 28.

¹⁹⁷ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 28-29.

¹⁹⁸ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 29.

¹⁹⁹ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 22-23.

É por isso que, não raras vezes, prisões ilegais são decretadas para atender razões de ordem política, e não jurídica, em homenagem ao clamor público. Esses atos processuais, porém, são escamoteados, sutis, sob falsos pretextos de garantia da ordem pública e afins²⁰⁰.

Portanto, não se pode ignorar que, para além do espetáculo realizado no processo penal, é a ordem política que promove o espetáculo. Apenas vê no sistema de justiça criminal o campo fértil para os seus objetivos. Atinge, pois, a sua funcionalidade em prol do clamor da sociedade: seletividade e controle ideológico dos atores jurídicos²⁰¹.

Casara cita, como exemplo do direito usado para servir à política, a Itália e a Alemanha, enquanto esta nazista e aquela fascista. Ambos se apresentavam como Estado de Direito, mas que servia de mediação ideológica entre a sociedade e o próprio Estado, escondendo, atrás de subterfúgios jurídicos, as relações de domínio político e exploração econômica. Eis a funcionalidade de um Estado de Direito: ocultar, ou melhor, suavizar essas relações, de modo a dar aparência de normalidade à essa dominação²⁰².

Reforçado o terreno fértil do espetáculo no processo penal, e retomando ao fenômeno das transformações sociais, Sousa Santos afirma que a de maior relevância para que os tribunais saíssem do reservado foi justamente a drástica mudança em relação às tecnologias de comunicação e informação. Daí em diante o Poder Judiciário se transmuta em um conteúdo desejável e consumível, saindo do anonimato para se tornar estrela, da obscuridade à ribalta²⁰³.

3.4 O espetáculo que mitiga direitos individuais para satisfazer o público

Os perigos que daí advém são inevitáveis. Sousa Santos os chama de “disjunções” entre a lógica que dirige a ação midiática, de um lado, e a lógica que rege as ações judiciais, de outra. A principal delas, além das disjunções em função do tempo e da gramática discursiva, é em relação dicotomia entre ganhadores e perdedores. O autor aponta que, no processo judicial, tal dicotomia

²⁰⁰ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 22.

²⁰¹ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 21-22.

²⁰² CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 23.

²⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação, 2005, p. 98.

existe apenas depois de realizados os procedimentos, com a colheita e de provas sob o crivo do contraditório²⁰⁴.

Já em relação à mídia, não. A dicotomia é banalizada e repassada, instantaneamente, a uma multidão de ouvintes, telespectadores e leitores, sem que ocorra o devido processo legal²⁰⁵.

O espetáculo, com ênfase no suspeito/acusado, acaba por ignorar completamente a sua condição de presumidamente inocente, eis que o “carimba” com a pecha de criminoso. Dessa maneira, a grande imprensa acaba por tornar legítimo o poder punitivo, na maioria das vezes excessivo, consoante as lições de Nilo Batista:

Sem embargo de órgãos e jornalistas que, isolada e eventualmente, perceberam e profligaram as opressões penais, a imprensa legitimou intensamente o poder punitivo exercido pela ordem burguesa, assumindo um discurso defensivista social que, pretendendo enraizar-se nas fontes liberais ilustradas, não lograva disfarçar seu encantamento com os produtos teóricos do positivismo criminológico, que naturalizava a inferioridade biológica dos infratores.²⁰⁶

Neste sentido é que o outro, o escolhido, o sujeito suspeito ou acusado, tão logo ocorre o crime, é colocado, no horário do almoço e no final da tarde, estampado na televisão, em programas sensacionalistas e exploradores de imagem, alcançando, com isso, uma “espetacular” audiência. Os protagonistas do caso penal vazam à essa mídia sensacionalista e sanguinolenta inverdades que são postas nos programas alternadas com propagandas dos mais diversos produtos. O grande problema é que a mídia, ao assim proceder, forma opiniões das mais diversas. E a sociedade que vê também julga²⁰⁷. Essa é a lógica televisiva que, através das imagens, hoje potencializadas pelas redes sociais, cria em cada cidadão um juiz e, ainda mais, um carrasco²⁰⁸.

²⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação, 2005, p. 99.

²⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação, 2005, p. 99.

²⁰⁶ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Rio de Janeiro: Freitas Barbosa Editora, 2003, p. 242-263.

²⁰⁷ SOUZA, André Peixoto de. Mídia sensacionalista no processo criminal. Canal Ciências Criminais, 2016.

²⁰⁸ Casara vai além ao assinalar que essa “superaproximação com as coisas” que a lógica televisiva cria, “cada um se sente legitimado a sangrar o outro”, falando acerca da “sociedade do espetáculo como a crença em um mundo ‘excessivamente real e obscuro’, exposto a todos, no qual cada um atua como em um *reality show*”, in CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 15.

Nesta linha, e tendo em vista que, através da opinião pública, o povo julga parcialmente, é que se diz que a mídia não distingue entre suspeito e culpado, o que, nas lições de Vieira, leva à inevitável abolição do sacrossanto princípio da presunção de inocência, em seu artigo 5º, inciso LVII²⁰⁹. Ou seja, é proferida verdadeira sentença pela grande massa, e o grande problema é que essa sentença é, na maioria esmagadora das vezes, “inapelável”²¹⁰.

E isso porque no espetáculo também tem lugar para outros atores: delegados e promotores que, não raras as vezes, em operações, cuidam de, logo após à prisão, ceder entrevistas coletivas; e até mesmo advogados, levados pela euforia da aparição como captação de clientes. Num estágio ainda pior, os magistrados.

À título de exemplo, válido mencionar a TV Justiça que é um canal de televisão no Brasil que iniciou as atividades em 2002. A administração deste canal é feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e proporciona com suas transmissões ao vivo dos julgamentos, colocando os julgadores como protagonistas de um grande espetáculo televisionado. A partir daí é que se inicia o processo de espetacularização. A técnica cede à opinião pública, saindo derrotados os princípios que balizam um Estado Democrático de Direito e citados no primeiro capítulo desta dissertação. Os votos já não são mais decisões, mas discursos dirigidos à sociedade, com o único intuito de saciar à sede desta. Com isso, as expectativas legalmente previstas na constituição são vilipendiadas em detrimento das expectativas do povo²¹¹.

Sobre o tema é a crítica de Gomes, quando discorre que não se fala mais em processo, mas em “teleprocesso”, em “telejuízes”, em “telesessões”, em “teleaudiência”, o “telerrelator”, enfim, em “televotos”²¹².

Aliás, sobre a TV Justiça, no Brasil, é preciso tecer algumas considerações que se fazem necessárias ao trabalho. A Lei nº. 10.461/2002 alterou o art. 23 da Lei nº. 8.977/95, para incluir um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal. Criou-se, assim, a TV Justiça, em maio de 2002. Apesar da

²⁰⁹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Processo Penal e mídia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 231.

²¹⁰ VIEIRA, op. cit., p. 168.

²¹¹ LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A “voz das ruas” implica na espetacularização dos julgamentos no STF? Conjur, 2019.

²¹² GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

intenção na sua criação, de “divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça”, criou-se, na realidade, um campo fértil para que os Ministros decidam conforme à vontade dos telespectadores. Relaciona-se, pois, a decisão à opinião pública. Fundamentos jurídicos pautados na ordem constitucional são substituídos para saciar a multidão.

Exemplo desse fenômeno foi o voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do emblemático HC nº. 126.292/SP, onde se relativizou a presunção de inocência, permitindo-se a execução imediata da pena após decisão condenatória em segunda instância, em claro vilipêndio ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Em seu voto, o Ministro Barroso relacionou, por diversas vezes, sua decisão à expectativa da sociedade. No item III.3 da decisão, o Ministro, expressamente, menciona um dos fundamentos: “A razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade”²¹³. De um lado, invocou princípio constitucional da razoável duração do processo, corolário lógico do inciso LXXXVIII, do art. 5º, da Lei Maior²¹⁴. Eis uma das preocupações, legítimas, do legislador constituinte.

Não se pode, porém, relacionar o princípio constitucional da duração razoável do processo com a exigência da sociedade. Mesmo porque a sociedade, inflamada pelos meios de comunicação de massa – por sua vez, representando interesses comerciais – querem a resposta imediata. E imediatismo não se coaduna com os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório, conforme artigo 5º, inciso LV.

Ou seja, não se pode falar em duração razoável do processo e, no mesmo contexto, a justificar como exigência do povo. Ademais, a duração razoável do processo não serve nem a uma celeridade que atrepele garantias fundamentais, e nem a uma morosidade que torne o processo ineficaz. Não fosse assim, nem “razoável” seria a duração. Seria célere ou morosa.

²¹³ Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP.

²¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

O tempo altera-se significativamente quando um processo se torna um espetáculo. E, no voto supracitado, é possível extrair tal constatação na errônea correlação entre tempo e sociedade. Na sociedade do espetáculo, não há tempo para o razoável. No espetáculo, tempo é dinheiro (*time is money*)²¹⁵. Casara advoga:

Não é mais possível o desenvolvimento normal do processo à luz do devido processo legal, uma vez que a ampla defesa e o contraditório podem se tornar obstáculos à captação da atenção dos espectadores. A presunção de inocência, historicamente pensada como um freio à perversões inquisitoriais e demais manifestações do arbítrio estatal, passa a ser encarada como uma espécie de *spoiler* indesejado que retira o “desejo da audiência” (em especial, em auditórios autoritários, tendencialmente sádicos, que torcem para assistir a imposição de penas). Tudo tem que ser claro e rápido, adequado à tradição (no caso brasileiro, autoritária) em que está inserido o espectador e produzido para um público acostumado a não refletir. A complexidade do caso penal e dos personagens concretos tem que ser abandonada e substituída por estereótipos, moralismos e rigidez ideológica.²¹⁶

Debord faz alusão ao “tempo espetacular”, consumível, que é “o campo inseparável em que se exercem plenamente os instrumentos do espetáculo, e o objetivo que estes apresentam globalmente, como lugar e como figura central de todos os consumos particulares”²¹⁷. Ainda, traz a reflexão acerca dos ganhos de tempo com os transportes rápidos e comidas em pó, por exemplo, que se traduzem em ganhos de tempo para passar mais horas assistindo à TV²¹⁸.

De outro lado, o voto do Ministro Barroso relaciona a prisão antes do trânsito em julgado como “exigência da sociedade”. Neste sentido é o voto:

É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito.²¹⁹

²¹⁵ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 16.

²¹⁶ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 16.

²¹⁷ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**, 1997, p. 105.

²¹⁸ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**, 1997, p. 106.

²¹⁹ Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP.

Em um outro momento o ministro chega a mencionar a prisão imediata em segunda instância deve ser imposta como “exigência de ordem pública” e que “cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo”²²⁰. Como se percebe, a opinião pública, os telespectadores, ganham alta relevância no voto, enquanto os argumentos jurídicos se tornam de somenos importância. Exemplo de um ativismo judicial que malferir princípios e garantias constitucionais.

Os riscos desse julgamento midiático são apontados, também, por Cunha Rodrigues: a) o perigo de estigmatizar grupos ou classes sociais pelo excesso de informação; b) a sofisticação do escândalo, pelo exagero desproporcional dos fatos; c) uma “sobrepenalização” dos acusados, que não são considerados inocentes antes de uma decisão; d) a espetacularização da audiência; e) a banalização da violência; f) a conversão daqueles que fazem uso da comunicação social – os leitores, ouvintes e telespectadores – em julgadores; g) o uso desajustado da linguagem²²¹.

Percebe-se, portanto, as nocividades de uma mídia que vê no Poder Judiciário o seu grande produto, através da imagem. Ela provoca rupturas entre a realidade e a opinião pública, incitando-a a fazer o papel, efetivamente, de um tribunal. Sempre haverá o bom moço e o vilão em seu espetáculo, de modo que não é muito difícil adivinhar quem a mídia incitará a ser o perdedor: o réu. Sousa Santos arremata:

Destaco, ainda, o problema dos julgamentos paralelos realizados pelos meios de comunicação social, considerando que a investigação jornalística pode ajudar a investigação judicial, mas também pode provocar erros ou desvios, quer por intenção das fontes, quer pelo modo como a notícia se reflectiu negativamente na investigação e na fiabilidade das provas; os efeitos da mediatização nas testemunhas, podendo levar à produção de reflexos de auto-censura ou de vedetismo; e o perigo da feitura de justiça à medida da opinião pública, ao possibilitar que o elemento opinião pública, que os media ajudaram a formar, “entre” para a sala do tribunal podendo produzir reinterpretações do real no sentido da sua aproximação às expectativas da comunidade.²²²

²²⁰ Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP.

²²¹ RODRIGUES, Cunha. Comunicar e julgar. Coimbra: Edições Minerva, 1999, p. 51.

²²² SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação, 2005, p. 100.

Em estudo com relação à opinião pública, o Trois Neto pontifica que a racionalidade se esvai quando as discussões tendem a sua satisfação²²³. Com o desejo de satisfazer a opinião pública, advém justamente o risco de se enfrentar temas sérios com o mesmo nível: mediocridade. É por isso que Zimmerling assevera que a supervalorização da opinião pública interfere na responsabilidade de deliberação das autoridades, fornecendo condições para que adotem medidas populares, ainda que contrárias às necessárias²²⁴ (e jurídicas).

Esse “poder” que detém a opinião pública de interferir nas deliberações das autoridades e, aqui especificamente, das decisões dos juízes e tribunais, proporciona a busca pela manipulação dos cidadãos objetivando a redução do senso crítico²²⁵: fomenta-se, pois, o senso comum da cidadania:

Por contribuir para o déficit de racionalidade no exercício do poder, a mitificação da opinião pública propicia, mais além, a manipulação dos cidadãos, aquilo que Habermas chamou de colonização do mundo da vida ou refeudalização da opinião pública: a replantação de um tanto de “imaturidade” que se manifesta na redução do espírito crítico da cidadania, de modo que esta deixa de estar em condições de exercer sua função de controle e de poder participar efetivamente na conformação da ordem social. E se a função de controle é um elemento essencial do sistema democrático, não é difícil inferir que tal situação põe em perigo a própria democracia. Uma possível consequência disso é que as críticas se tornam superficiais, imunizando os detentores do poder em face do controle social.²²⁶

A mídia, pois, utiliza-se da opinião pública como recurso retórico, o que agrava ainda mais a situação. Ou seja: os meios de comunicação de massa, no lugar de serem instrumentos necessários à liberdade humana e fontes de controle de poder, correspondem a interesses privados e não raras vezes subalternos com objetivos econômicos e comerciais sob o falso pretexto do interesse público²²⁷.

²²³ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e opinião pública: os limites do *marketing* judicial.

²²⁴ ZIMMERLING, Ruth. El mito de la opinión pública. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 14, 1993, p. 97-117.

²²⁵ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e opinião pública: os limites do *marketing* judicial.

²²⁶ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e opinião pública: os limites do *marketing* judicial.

²²⁷ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e opinião pública: os limites do *marketing* judicial.

Importa, aqui, discorrer sobre o paralelo feito por Soares quando se fala em mídia e opinião pública: a mídia como cão de guarda e ela como o quarto poder. Com relação ao primeiro fenômeno, a mídia como cão de guarda, o autor afirma que só se pode ter imparcialidade, nos meios de comunicação de massa, e que ela atue, de fato, como aliado do público, descortinando publicamente aquilo que se tentar ocultar no secreto, se eles – os meios de comunicação – forem livres e independentes, não sendo interferidos por nenhum governo. Já a mídia como o quarto poder, como já vimos no presente trabalho, em seções anteriores, vem no sentido de que os jornais são eleitos pelo seu público de leitores, o que transforma os jornais em representantes do público²²⁸.

Neste sentido é que Casara faz a alusão ao “processo penal do espetáculo”, afirmando que este se torna uma “mercadoria que precisa ser atrativa para ser negociada”²²⁹. O mesmo autor, ainda, vaticina que a dimensão de garantia, inerente ao processo penal de Estado Democrático de Direito, desaparece para dar lugar à dimensão de entretenimento:

Para seguir o programa e atender ao enredo, construído e dirigido a partir do “desejo de audiência”, a lei pode ser afastada. O espetáculo aposta na exceção: o respeito à legalidade estrita revela-se enfadonho e contraproducente; os direitos e garantias fundamentais podem ser afastados. As formas processuais deixam de ser garantias dos indivíduos contra a opressão do Estado, uma vez que não devem existir limites à ação dos mocinhos contra os bandidos (a forma passa a ser um detalhe que pode ser afastada de acordo com a vontade do “diretor”). Com a desculpa de punir os “bandidos” que violaram a lei, os “mocinhos” também violam a lei, o que faz com que percam a superioridade ética que deveria distingui-los. Porém, o enredo que meios de comunicação de massa, não permite reflexões éticas ou miradas críticas. Tudo é simplório, acrítico e condicionado por uma tradição autoritária (o importante é a sedução exercida pelo poder penal e o reforço da ideologia dominante).²³⁰

Afinal, a publicidade dos atos processuais que são de interesse do cidadão sucumbe para a grande indústria da informação, subvertendo a lógica do próprio processo penal. Não é difícil se verificar, nos programas televisivos vespertinos, a cobertura desde o cometimento de um delito. E o problema não

²²⁸ SOARES, Murilo César. Representações, jornalismo e a esfera pública democrática [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 110-111.

²²⁹ CASARA, Rubens R.R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 15-16.

²³⁰ CASARA, Rubens RR. **Processo penal do espetáculo**. Justificando, 2015.

reside aí. A grande nocividade ao processo penal é o modo de condução realizado pelos meios de comunicação em massa.

Geralmente, a imparcialidade na reprodução da notícia não existe. Adota-se um lado, precocemente, e, a partir daí, a opinião de quem assiste é moldada no mesmo sentido: impunidade é reclamada, prisões são alvitadas e punições são cobradas. E cobradas das mesmas autoridades que, segundo Zimmerling, são suscetíveis de decisões populares.

Há a necessária consciência de que todo poder é limitado. Em se tratando de processo, em um Estado Democrático de Direito, o limite é a Constituição Federal. É o que veremos no próximo capítulo.

4 O ESPETÁCULO REPRODUZIDO PELA MÍDIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Todo esse espetáculo, no interior do processo, mormente no processo penal, traz vários riscos e nocividades ao Estado Democrático de Direito, como já alertado anteriormente. Necessário, pois, discorrer sobre esse ponto especificamente, tamanha a relevância para o presente trabalho. Afinal, a mitigação de direitos individuais exercido pela mídia, mitiga a próprio liberdade. Ao final, veremos como a cobertura jornalística realizada na Operação Lava Jato findou e a necessidade de resgate das garantias constitucionais para se aperfeiçoar a efetivação dos direitos constituídos em 1988.

4.1. O Estado que deve ser de Direito e o sistema que deve ser acusatório

Para Casara, o reconhecimento da forte conotação política que possui o processo penal serve como ponto de partida para a compreensão das distorções feitas com relação às normas – tanto constitucionais como processuais –, reforçando, pois, a necessidade do fortalecimento da busca dos valores democráticos inerentes ao Estado de Direito²³¹. Neste sentido é que faz a crítica:

Razões políticas constituem, frequentemente, o pano de fundo da manutenção de prisões ilegais ou desnecessárias em nome do clamor público ou da “opinião publicada” pelos meios de comunicação de massa. Os mecanismos para tanto, por evidente, são sutis e engenhosos. Um juiz, acostumado a se esconder através do discurso da neutralidade, não irá ser sincero a ponto de revelar o que está por de trás de uma decisão ou sentença, suas simpatias (ou antipatias) políticas, seus desejos e suas perversões (isso para não falar de decisões e sentenças que se originam de delírios paranoicos, de certezas delirantes e de outros graves casos de psicopatia).²³²

É por essa razão que Casara faz alusão à hipocrisia do Estado de Direito, que surge em contraposição ao Estado policialesco, absoluto e totalitário. Ou seja, nem todo Estado de Direito efetivamente brota como reação ao totalitarismo e às demais formas de governo absolutista. Apesar de ser essa a função precípua de um Estado que se diz de Direito, a história demonstra o

²³¹ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 22-23.

²³² CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 22.

fracasso na efetivação da proposta política, à exemplo dos Estados de Direito nazista e fascista de Alemanha e Itália²³³.

Apesar da dita hipocrisia e da dissimulação que o Estado faz para parecer democrático, é preciso que os próprios cidadãos utilizem das normas esculpidas na Constituição, apropriando-se dos princípios e garantias democráticas de forma jurídica. Ademais, se tais princípios constituem o discurso legitimador de um Estado Democrático de Direito, “porque não o utilizar na luta pela imposição de limites ao poder (em especial, ao poder econômico)?”²³⁴.

A premissa elementar do processo penal é o encarar como um jogo democrático e somente com a maximização das garantias constitucionais e direitos individuais, de um lado, e a minimização dos poderes, de outro, é que se poderá respeitar as suas regras. Do contrário, estaremos diante do autoritarismo, ampliando-se o poder Estatal e minimizando a liberdade individual²³⁵. A postura, pois, dentro dessa ambivalência, é que vai definir o Estado de Direito: se democrático, ou autoritário. Afinal, Goldschmidt assevera que pode se verificar os princípios de política processual de uma nação por sua posição política em geral, e o processo penal serve como baliza dessa postura²³⁶.

Neste sentido é que Lopes Jr. destaca a consciência que se deve ter de que a Constituição, de fato, constitui a ação. Somente desta forma é que se pode verificar que o fundamento que legitima o processo penal onde se respeitam as garantias do indivíduo se dá justamente por sua instrumentalidade constitucional²³⁷.

Prado também destaca a imprescindibilidade da leitura do processo penal à luz da Constituição Federal, sendo, ela, um “locus” de onde são verificados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. O autor prossegue afirmando que a Constituição estabelece um “nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado Estado”²³⁸.

²³³ CASARA, Rubens R R. *Processo penal do espetáculo: e outros ensaios*, 2018, p. 23.

²³⁴ CASARA, Rubens R R. *Processo penal do espetáculo: e outros ensaios*, 2018, p. 23.

²³⁵ CASARA, Rubens R R. *Processo penal do espetáculo: e outros ensaios*, 2018, p. 24.

²³⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

²³⁷ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30.

²³⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

Da leitura da Constituição Federal, não é difícil chegar à conclusão de que ela escolheu a estrutura processual democrática, devendo o processo penal adaptar-se a ela. Não por outro motivo que a Lei nº 13.964/2019 incluiu, no art. 3º-A, expressamente a estrutura acusatória que o processo penal deverá adotar, estabelecendo, também, o juiz das garantias.

E sobre os sistemas processuais, Lopes Jr. ensina que “os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época”²³⁹. O sistema acusatório remonta ao sistema grego, já que se desenvolveu com a participação direta e efetiva do povo, no exercício da acusação e julgador²⁴⁰. Após um período no qual imperaram as mazelas do sistema inquisitório, houve nova valorização dos aspectos humanitários, tendo como fator determinante e impulsionador a Revolução Francesa. Daí (res)surgiu o atual sistema acusatório, que pode ser caracterizado em alguns pontos que merecem destaque, conforme pontua Lopes Jr.:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte)
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa)
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.²⁴¹

Segundo leciona Carvalho:

A estrutura acusatória, fundada em procedimentos de verificação e em técnicas de refutabilidade, pressupõe a rígida separação dos sujeitos processuais em configuração triádica instrumentalizada por duas classes de garantias. Desta forma, a atividade cognoscitiva estaria assegurada por garantias primárias (formulação da imputação, carga

²³⁹ LOPES JR., Aury. Fundamentos de processo penal, p. 135.

²⁴⁰ LOPES JR. Aury. Op. Cit., p. 137-138.

²⁴¹ LOPES JR. Aury. Op. Cit., p. 139-140.

da prova e direito de defesa) e secundárias (publicidade, oralidade, legalidade e motivação)²⁴².

Portanto, pode-se dizer que o sistema acusatório é aquele no qual há maior respeito às garantias do indivíduo acusado. O papel do juiz é de árbitro imparcial, de forma a garantir as regras do jogo, tendo, as partes, pois, liberdade e exclusividade na produção das provas, mesmo porque, conforme Morais da Rosa²⁴³, “no (sistema) Acusatório essa responsabilidade é dos jogadores, sem que possa promover sua produção”.

Depois do século XII, surge o sistema inquisitório, que remonta à inquisição, com forte influência da igreja católica na perseguição aos crimes de heresia, e que tomou forma na Idade Média²⁴⁴:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação²⁴⁵.

Altera-se, pois, a fisionomia do processo penal, e vem daí a importância de se definir qual o sistema adotado para, a partir daí, refletirmos acerca das regras desse processo penal. Com o sistema inquisitório, a liberdade do acusado é exceção. Afinal, consoante Martins, no processo inquisitório há um desamor pelo contraditório²⁴⁶.

Neste cenário, o juiz-inquisidor acusa e julga ao mesmo tempo, transformando o acusado de sujeito a mero objeto, motivo pelo qual não faz sentido o seu tratamento como parte efetiva dentro do processo. A lógica do sistema é, nas palavras de Coutinho, “dedutiva, que deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá

²⁴² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 82.

²⁴³ ROSA, Alexandre Morais da. *A Superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial*. In: PRADO, Geraldo. MALAN, Diogo. (Coord.). *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 8

²⁴⁴ BRETAS, Adriano. *Apontamentos de processo penal*. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017, p. 31.

²⁴⁵ LOPES JR. Aury. *Op. Cit.*, p. 144.

²⁴⁶ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão²⁴⁷. É o que Cordero chamou de “*primato dell-ipotesi sui fatti*”²⁴⁸ (o primado da hipótese sobre os fatos):

Por isso que, partindo de premissa falsa, não poucas vezes assentada em um *lugar comum* (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do sequestro; do mordomo o homicida, e assim por diante), chega-se a uma conclusão também falsa, transmutada em *verdade construída*²⁴⁹.

Portanto, a pretexto da busca de uma verdade absoluta, o processo inquisitório permite ao inquisidor buscar provas para condenar, retratado, na Idade Média, pelo “Manual dos Inquisidores”, de Nicolau Eymerich. É a partir disso que Lopes Jr. advoga que “Na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege”²⁵⁰.

No Brasil, durante muito tempo se defendeu a prevalência do sistema processual misto: parte inquisitória (fase de investigação) e parte acusatória (fase processual). Isso, entretanto, era insuficiente. Isso porque dificilmente um sistema seja puro, de modo que a identificação de um princípio fundante deve ser feita para se definir a prevalência de um sistema: ou predominantemente inquisitório, ou predominantemente acusatório:

Considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização²⁵¹.

No mesmo sentido, Coutinho:

Ora, ninguém mais duvida que, hoje, não há mais sistemas puros; e que todos são “mistos” não por força de que se tenha princípios reitores

²⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 43.

²⁴⁸ CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51.

²⁴⁹ LOPES JR. Aury. Op. Cit., p. 144.

²⁵⁰ LOPES JR. Aury. Op. Cit., p. 148.

²⁵¹ LOPES JR. Aury. Op. Cit., p. 152.

mistos (impossível em um sistema se a matriz é Kant) e sim porque sendo o *princípio reitor inquisitivo ou dispositivo* (ou *acusatório*, como querem alguns), tem-se sistemas inquisitórios (para aquele) ou acusatórios (para este), porém – sempre – com elementos a eles agregados que não provenientes do outro sistema, o que lhes dá essa estrutura “mista”. O que vem de fora, porém, é *secundário* e, por óbvio, não tem o condão de alterar a estrutura principal.²⁵²

Dito isso, impende reforçar que não é preciso muito para que se chegue à conclusão de que é necessário compatibilizar a Constituição Federal de 1988 com o processo penal. E que, em se fazendo esse exercício, é de se chegar à conclusão que o processo penal deve ser predominantemente acusatório, ou seja, que o princípio reitor deve ser o princípio dispositivo (ou acusatório). Conforme a lição de Bretas:

O sistema acusatório é o modelo mais adequado aos parâmetros democráticos e ao Estado Democrático de Direito. Trata-se de um sistema emancipatório, que distribui a cada personagem do protagonismo judicial o seu devido papel e coloca “cada um no seu devido lugar”.²⁵³

Desde esse ponto de vista que o nosso Código de Processo Penal, de 1941, deve ser adequado à Constituição, de 1988, para que se adote o princípio dispositivo, com a gestão da prova nas mãos das partes, e não do juiz.

Apesar de se ter, hoje, a decisão na medida cautelar na ADI nº 6.299/DF, pelo Min. Luiz Fux, no STF, suspendendo o juiz de garantias e a eficácia do art. 3º-A, do Código de Processo Penal, e que também a Lei nº 13.964/2019 não possui o condão de, por si só, mudar o quadro sistêmico atual, não se pode negar que devemos caminhar para a implementação de um sistema processual acusatório.

Desta feita, impende ressaltar que o sistema inquisitório, em sendo incompatível com a Constituição Federal, coaduna, via de consequência, com o sensacionalismo realizado pela mídia. Os limites impostos pela Carta Magna de 1988 impendem a transformação do processo penal em um espetáculo,

²⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 88.

²⁵³ BRETAS, Adriano. Op. Cit., p. 34.

essencialmente descomprometida com a efetivação dos direitos e garantias individuais²⁵⁴.

Portanto, a limitação ao poder punitivo deve se estender, também, ao sensacionalismo que não se compromete com a democracia e com os seus princípios garantidores de um Estado Democrático Social de Direito. Portanto, a espetacularização do processo vai de encontro a este Estado Democrático. Este Estado, comprometido com a democracia, possui “uma dimensão contra-espetacular na Constituição da República [1988]”²⁵⁵. Segundo Casara, isso se dá pelo fato de o juiz mudar seu papel no processo penal do espetáculo:

Ao desaparecer a sujeição à Constituição, afastado o óbice normativo ao espetáculo, o juiz penal muda de papel: deixa de ser o garantidor dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República a todos e a cada um, independentemente da vontade da maioria, para se tornar um gestor do espetáculo, o ator-diretor preocupado com o desenvolvimento do espetáculo, com a audiência e com o valor da mercadoria que está em suas mãos.²⁵⁶

Daí porque o espetáculo realizado pela mídia no processo é incompatível com o processo democrático e constitucional. Isso porque ele se destina ao consumidor, e se transforma, em verdade, em uma mercadoria. O processo democrático não transige com a tirania: seu objetivo é cumprir os preceitos estabelecidos na legislação constitucional e infraconstitucional. A mercadoria, por sua vez, é mutável, conforme o “gosto do freguês”: ela tem o fim de produzir valor, mesmo que isso custe a liberdade individual e o respeito às regras do jogo processual. Aliás, quando o juiz assume um papel que não é dele, fica clarividente que ele mesmo, que deveria ser imparcial, assume uma posição que não lhe condiz, agindo como inquisidor e pouco se importando com tais regras.

4.2. As decisões judiciais conforme a opinião pública

Sendo, a mercadoria, conforme a vontade de seu consumidor, importa discorrer acerca, então, da opinião pública. Isso porque todo espetáculo é

²⁵⁴ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 33.

²⁵⁵ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 33.

²⁵⁶ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 33.

realizado para agradar o maior número de pessoas que puder, atendendo os desejos da maioria, os reclamos da sua plateia²⁵⁷.

A opinião pública é utilizada pelos julgadores desonestos que, em nome dela, justificam suas decisões totalitaristas. A pretexto de acatar a concepção da maioria, os atores jurídicos que cedem ao espetáculo dizem estar defendendo a democracia, mesmo desrespeitando direitos e garantias fundamentais²⁵⁸. Porém, a dinâmica do processo penal é justamente o contrário: ele serve como freio ao poder estatal. Nesse ponto, inclusive, impende reforçar que entre a liberdade individual e o poder do Estado, prevalece a primeira, não sendo necessária nenhuma legitimação, em decorrência de sua evidência²⁵⁹. Lopes Jr. continua:

Parece, essa, uma afirmação simples, despida de maior dimensão. Todo o oposto. A perigosa viragem discursiva que nos está sendo (im)posta atualmente pelos movimentos repressivistas e as ideologias decorrentes faz com que, cada vez mais, a “liberdade” seja “provisória” (até o CPP consagra a liberdade provisória...) e a prisão cautelar (ou mesmo definitiva) uma regra. Ou, ainda, aprofundam-se a discussão e os questionamentos sobre a legitimidade da própria liberdade individual, principalmente no âmbito processual penal, subvertendo a lógica do sistema jurídico-constitucional.²⁶⁰

Ainda, é de se observar que o processo para a formação da dita “opinião pública” não possui compromisso com os direitos e garantias previstas na Constituição Federal. Representa, conforme sugere Casara, longe da verdade, um consenso forjado pela indústria cultural, ou seja, os meios de comunicação de massa²⁶¹. Referido processo envolve, muitas vezes, a desinformação e a espetacularização sobre determinado assunto, manipulando-se a verdade. Consenso, portanto, não significa e não representa a verdade necessariamente²⁶².

Se, de um lado, a mídia representaria um instrumento contra o abafamento de um caso, impende ressaltar que a divulgação de informações

²⁵⁷ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 34.

²⁵⁸ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 34.

²⁵⁹ TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

²⁶⁰ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

²⁶¹ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 34.

²⁶² CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: e outros ensaios, 2018, p. 34.

prematuramente tem o poder de influenciar o comportamento das pessoas e dos julgadores²⁶³, pois a opinião publicada forma a opinião pública. Nos processos do júri, onde o jurado não fundamenta a sua decisão, tal fato se revela ainda mais grave.

É por isso que Prado, citado por Schreiber, ressalta que o jurado é altamente atingido pela opinião publicada, posto que detém contato com a prova de forma efêmera, apenas durante o julgamento, enquanto constantemente contaminado pelas informações despejadas pelos jornais²⁶⁴. Segue a autora afirmando que os jurados têm “suas consciências impregnadas por informações externas e menos sensíveis aos argumentos das partes nos debates travados perante o tribunal”²⁶⁵.

Ainda, necessário se faz ter a consciência de que os jurados, para além de só terem contato com a prova judicializada no dia do julgamento, recebem informações, pela mídia, do caso, não raras vezes de elementos colhidos na fase policial, durante a investigação, através do inquérito, que é instrumento arcaico e essencialmente inquisitivo, sem a presença da ampla defesa e do contraditório²⁶⁶.

Exemplificando o fenômeno, somente no Brasil, podemos citar vários casos que ganharam as manchetes de jornais e as telas da TV: o caso Eliza Samudio (2010), acusada de ser assassinada pelo amante, o goleiro Bruno Fernandes, à época do Flamengo; o homicídio de Daniella Perez, atriz da TV Globo de apenas 22 anos (1992); o caso de Elize Matsunaga, condenada por assassinar seu marido, um grande empresário (2012). Moretzsohn cita outro caso, o dos Nardoni. Em 2008, um dos crimes que mais chocou a sociedade na atualidade. Afora a discussão sobre a culpabilidade ou não dos – então – acusados da morte de Isabella, a mídia explorou intensamente o caso com uma cobertura histórica e impactante. A cada novidade, por mais pequena que fosse,

²⁶³ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 82.

²⁶⁴ SHREIBER, Simone. A publicidade opressiva de julgamentos criminais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 371-372.

²⁶⁵ SHREIBER, Simone. Idem, pp. 371-372.

²⁶⁶ ROBERTO, Welton. A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 72-80, ago./set.. 2004, p. 76.

era alardeada através dos meios de comunicação, estimulando, pois, a indignação e revolta pública²⁶⁷.

Ainda, não se pode olvidar que a própria prisão preventiva, medida cautelar, é decretada com base nessa opinião. As decisões mencionam a expressão “clamor público” para justificar o decreto e enquadrar na hipótese da “garantia da ordem pública” descrita no artigo 312, do Código de Processo Penal, de 1941. A presunção de culpabilidade é absoluta quando se decreta a prisão antes de uma decisão que declare, ao final do processo, a autoria e materialidade do crime, sob o argumento de acalmar os temores do público²⁶⁸.

Aliás, o próprio conceito de ordem pública para o decreto da medida gravosa já é alvo de críticas, sendo “elemento insustentável no processo penal, uma vez que ausente de critérios concretos que possibilitem sua aplicação dentro daquilo a que se destina o uso da prisão preventiva”²⁶⁹. Portanto, dentro de ordem pública não há um conceito apenas, mas vários, que não se dialogam entre eles. Esses diversos conceitos possuem suas próprias (e insustentáveis) bases, situadas em planos distintos de aplicação²⁷⁰. Silas Filho conclui afirmando que a ordem pública, no processo penal, não consegue romper o filtro garantista. Eis a sua barreira: A Constituição Federal²⁷¹.

Fala-se que a mídia tem suas estratégias de sedução pela emoção de seu público. O francês Ferrés, quando tratou do tema, pontificou que a televisão “não faz mais que conectar o espectador consigo mesmo”²⁷². Referido autor quer dizer que o público assiste aos canais que trazem informações apenas para confirmar suas crenças. Ou que os jornalistas noticiam e emitem opiniões que o público deseja ouvir. Certo ou errado, resta claro que, ao menos, os meios de

²⁶⁷ MORETZSOHN, Sylvia. “O crime que chocou o Brasil”: mídia, justiça e opinião pública na primeira fase do caso Isabella Nardoni. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, 17/18, p. 509-520, anual. 2010, p. 513.

²⁶⁸ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001. 367 p. ISBN 85-86456-18-7, p. 29.

²⁶⁹ SILAS FILHO, Paulo. *A ordem pública como fundamento para a prisão preventiva no processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 189.

²⁷⁰ SILAS FILHO, Paulo. *A ordem pública como fundamento para a prisão preventiva no processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 189.

²⁷¹ SILAS FILHO, Paulo. *A ordem pública como fundamento para a prisão preventiva no processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 189.

²⁷² FERRÉS, Joan Prats. *Televisión subliminal. Socialización mediante comunicaciones inadvertidas*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 291.

comunicação de massa correspondem às expectativas de seu público, expressando, pois, o senso comum²⁷³.

Aliás, a ligação entre imprensa e público é explorada por Sparks, o lugar do crime à vida pública:

Como observa Garland, crime e punição nunca estão simplesmente lá, nem são inteiramente redutíveis aos seus objetivos mais evidentes. São parte da formação cultural, da criação e expressão de paixões e sensibilidades. Fascinam, motivam, assustam, revoltam e excitam. Consequentemente, quando punimos, “nós também e ao mesmo tempo definimos a nós mesmos e à nossa sociedade em termos fundamentais para nossa identidade cultural e política.”²⁷⁴

Ou seja, a cobertura jornalística de um caso criminal pelos meios de comunicação de massa se torna natural tanto quanto se tornou natural a concepção, no senso comum, do que sejam os próprios crimes²⁷⁵.

Para além de um caráter político da opinião pública, ela também se revela em forma de argumentação racional. O próprio conceito do que seja opinião pública, conforme Luhman, citado por Artur Souza, nasce com a necessidade de se desvincular a política da verdade²⁷⁶. Segundo Souza, então, a evolução que a sociedade teve no começo na modernidade trouxe a diferenciação entre religião, política, economia e ciência, e o fundamento da verdade sobre o qual se fundava a política perdeu credibilidade²⁷⁷.

Daí a necessidade do surgimento de um valor dominante que atenuasse a concepção de verdade, imposta por uma exigência de um novo quadro de orientação pela positividade do direito natural²⁷⁸. Desta forma, Luhmann afirma que “isso não podia mais ser concebido como verdade, mas somente como

²⁷³ MORETZSOHN, Sylvia. "O crime que chocou o Brasil": mídia, justiça e opinião pública na primeira fase do caso Isabella Nardoni. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, p. 512.

²⁷⁴ SPARKS, Richard. *Television and the drama of crime. Moral tales and the place of crime in public life*. Filadélfia: Open University Press, 1992, p. 32.

²⁷⁵ MORETZSOHN, Sylvia. "O crime que chocou o Brasil": mídia, justiça e opinião pública na primeira fase do caso Isabella Nardoni. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, p. 512.

²⁷⁶ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. Formato ebook Kindle, p. 79.

²⁷⁷ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. Formato ebook Kindle, p. 79.

²⁷⁸ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 79.

opinião, como juízo provisoriamente consolidado disso que é justo, por meio de controles racionais e subjetivos, e por meio da discussão pública”²⁷⁹.

Portanto, para o autor, a concepção de opinião pública passou a ser uma contingência política substantiva, que resolveria o problema de diminuir as possibilidades múltiplas do que é juridicamente e politicamente possível²⁸⁰.

Porém, Artur Souza pontifica não ser mais possível tal ideia de opinião pública em uma sociedade moderna e complexa como a atual, mas tão somente nas pequenas sociedades, no âmbito de pequenos sistemas²⁸¹, daí surgindo um novo componente dessa concepção: a mídia²⁸². Esta, portanto, serve como catalisadora da opinião do povo:

O papel de catalisação da opinião pública é exercido ou mediado com eficiência pelos *mass media*, principalmente quando, por meio da distorção qualitativa e quantitativa da criminalidade, corrobora para um sentimento coeso de medo (paura) expressivo do pânico social que atualmente tem acento nas representações político-sociais do desvio do desenvolvimento e da globalização.²⁸³

Neste sentido é que Horkheimer, Adorno, Benjamin e Marcuse “observaram o rumo que ia adquirindo as convicções dos cidadãos ao passar a ‘opinião pública’ a constituir-se em ‘opinião mediada’”²⁸⁴. Os meios de comunicação de massa, segundo Altheide, influenciam na percepção que seu público tem de certas questões, condicionando questões e decisões de cunho político e social de modo relevante²⁸⁵. Portanto, para o autor, a mídia tem um grande papel de dar forma, como, de fato, um mediador, às políticas públicas, o que acarreta, inevitavelmente, na influência em nossa forma de pensar²⁸⁶.

²⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Stato di diritto e sistema sociale*. Trad. Alberto Febbrajo. Napoli: Guida Editori, 1978, p. 89.

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Stato di diritto e sistema sociale*. Trad. Alberto Febbrajo. Napoli: Guida Editori, 1978, p. 89.

²⁸¹ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 79.

²⁸² SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 80.

²⁸³ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 81.

²⁸⁴ MUÑOZ, Blanca. *La cultura global – medios de comunicación, cultura e ideologia en la sociedad globalizada*. Madrid: Pearson Prentice Hall, 2005, p. 4.

²⁸⁵ ALTHEIDE, David. L. I mass media, il crimine e il ‘discorso di paura’. In: *La Televisione del Crimine*. A cura di Gabrio Forti e Marta Bertolino. Milano: Ed. V&P Università, 2005, p. 288.

²⁸⁶ ALTHEIDE, David. L. I mass media, il crimine e il ‘discorso di paura’. In: *La Televisione del Crimine*. A cura di Gabrio Forti e Marta Bertolino. Milano: Ed. V&P Università, 2005, p. 288.

Justamente neste ponto que Artur Souza pondera a relação entre decisão e opinião pública, afirmando que “a legitimação dos atos decisórios dos sistemas sociais e políticos estão de certa forma interligados com a pretensão de decisões dos temas exteriorizados pela opinião pública, ou seja, pelas operações seletivas”²⁸⁷. Reside, portanto, desta constatação a preocupação de que princípios constitucionais, como o da ampla defesa, a imparcialidade do julgador, o devido processo legal e a presunção de inocência sejam preteridos em razão da necessidade de se atender às expectativas da opinião pública, que é mediada pelos meios de comunicação de massa²⁸⁸.

O problema também foi denunciado por Baratta:

A função ideológica da construção subjetiva da criminalidade como problema social pode realizar-se, como se diz, também numa relação de substituição. Neste segundo caso, a consciência subjetiva do problema criminal tem o efeito de influenciar o lugar ocupado por outras áreas de problemas sociais na hierarquia na qual esses problemas são percebidos pela opinião pública. A criminalidade acompanha-se de modo constante por um grau elevado de alarme social. Este é alimentado, de modo considerável, também pela imagem da criminalidade comunicada pelos mass media, os quais, nesse sentido, exercitam uma função de amplificação da percepção da criminalidade na opinião pública. Em razão da imagem que vem produzida no interior de tais processos de comunicação em massa (e muito menos pelo efeito de sua real incidência na vida dos singulares indivíduos) a criminalidade assume um lugar relativamente muito alto na escala subjetiva dos problemas sociais.²⁸⁹

Mesmo os juízes profissionais, em que pese não devam ser contaminados pela opinião publicada, “na prática nenhum juiz, como humano, é absolutamente impermeável”²⁹⁰, e acaba por ser “influenciado não só pela imprensa senão também pela opinião pública em geral”²⁹¹.

²⁸⁷ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 85.

²⁸⁸ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 85.

²⁸⁹ BARATTA, Alessandro. Problemi sociali e percezione della criminalità. In: *Dei Delitti e delle Pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*. Anno I, n. 1, gennaio-aprile, 1983, Roma, pp. 24-26.

²⁹⁰ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 206 (físico).

²⁹¹ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 206 (físico).

Para evitar tais problemas é que o Poder Judiciário, em sua essência, possui importância função contramajoritária, afim de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, conforme se verá no seguinte item.

4.3. A necessária função contramajoritária do Poder Judiciário: a busca da efetivação dos direitos fundamentais

Não por outra razão que se diz que o Supremo Tribunal Federal (STF) possui função contramajoritária. Em estudo realizado sobre o tema, Montilla Martos reforça tal função de um Tribunal Constitucional, ressaltando que, nos Estados Unidos, a justiça constitucional surgiu como forma de efetivação dos direitos da minoria e, na Europa, com o intuito de se evitar o totalitarismo, após a Segunda Guerra Mundial²⁹².

O autor observa que, se por um lado, os direitos e garantias fundamentais constituem garantia formal para a efetivação de um pluralismo social e democrático, o Tribunal Constitucional, ou a jurisdição constitucional, é que possui a função de implementá-los, tornando-se, então, verdadeiro instrumento capaz de recompor grupos desarticulados, saindo em defesa de minorias em face às majorias²⁹³.

Em específico ao Brasil, os direitos fundamentais, insculpidos na Constituição Federal de 1988, possuem dois escopos: de um lado, a limitação do poder do Estado frente ao indivíduo, e, de outro, a proteção dos direitos da minoria que, por ventura, tenha contra si a vontade da maioria que deseja suprimir suas garantias²⁹⁴.

Não se quer dizer que as decisões do STF devem sempre ir contra a vontade da maioria. Aliás, decisões que vêm de encontro a essa vontade podem significar o amadurecimento da democracia em determinada sociedade²⁹⁵. Decisões do STF devem ir contra a tirania. Ou seja, sempre que a vontade da

²⁹² MONTILLA MARTOS, José A. *Minoria política & Tribunal constitucional*. Madrid: Trotta, 2002, n. 3.1, p. 86.

²⁹³ MONTILLA MARTOS, José A. *Minoria política & Tribunal constitucional*. Madrid: Trotta, 2002, n. 3.1, p. 93-94.

²⁹⁴ ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*. Vol. 921/2021, p. 191, jul/2012.

²⁹⁵ ABBOUD, Georges. *Idem*, p. 6.

maioria representar perigo aos direitos individuais de quem quer que seja, ela deve ser rechaçada. Importantes indagações são feitas por Abboud:

Ademais, em país tão heterogêneo, plural e de dimensões continentais como o Brasil, qual o parâmetro seguro que o STF teria para aferir qual a vontade expressa da maioria? A vontade da maioria estaria representada pela manifestação televisiva das principais emissoras nacionais? Pelo conteúdo jornalístico de alguns poucos articulistas que tem acesso a esses meios de comunicação? Algum Ministro do STF faria consulta popular? Seria possível uma breve consulta a um seletivo grupo de juristas que saberiam fazer transparecer a real vontade da maioria, tal como se fosse um monastério dos sábios? Ou, então, seria possível a utilização da TV Justiça para se promover um *reality show* a fim de orientar a decisão do STF? Seria algo no formato desses tradicionais programas televisivos em que a população seria convocada a se manifestar para qual orientação deveria prevalecer.²⁹⁶

Não se trata, portanto, de o Poder Judiciário ser contramajoritário sempre. A função contramajoritária exsurge da necessidade de os tribunais, sempre que a vontade da maioria tiver por interesse a supressão de direitos e garantias fundamentais, posicionarem-se contra, preservando-se a Constituição e, por conseguinte, o Estado Democrático e Social de Direito. Novais assinala:

A decisão da maioria democrática pode, é certo, acabar por prevalecer sobre o interesse jusfundamentalmente protegido, pois, como assinala Waldron, quando ocorre um desacordo envolvendo direitos fundamentais não há nenhuma razão que determine que a maioria esteja necessariamente certa ou que esteja necessariamente equivocada sobre essa questão. Porém, o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento majoritário – precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria –, mas sim no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e através da qual se atribua a um outro bem igualmente digno de proteção, em circunstâncias em que essa compreensão seja exigível, uma relevância suscetível de justificar a restrição do direito fundamental.²⁹⁷

Portanto, a partir de Novais, compreende-se que os direitos fundamentais são fundamentalmente em prol da minoria e, portanto, que a vontade da maioria não se coaduna com os direitos fundamentais. A pena de

²⁹⁶ ABBOUD, Georges. *Idem*, p. 6.

²⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In*: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90. ISBN 978-85-309-2488-1, p. 79-113.

morte, propagada por boa parcela da sociedade brasileira, é só um exemplo. A prisão perpétua, outro. Aliás, vale destacar que, conforme dados do Datafolha, de 2018, 51% da sociedade brasileira votaria a favor da pena de morte, índice que fora o mais alto desde 1991²⁹⁸. Quanto à prisão perpétua, 75% dos entrevistados em pesquisa realizada pela DataSenado, em 2007, são a favor da adoção²⁹⁹.

Portanto, essa preocupação tem razão de existir pelo fato de que os direitos fundamentais só serão efetivados, em detrimento da maioria, se tivermos um Poder Judiciário comprometido com sua função contramajoritária. Impende ressaltar a necessidade, pois, de uma “instância neutra”, que Mendes afirma ser a Justiça Constitucional, configurando-se pela reunião de técnica e instituições que objetivem a garantia da supremacia da Constituição Federal³⁰⁰.

O Tribunal Constitucional, que no Brasil é representada pelo STF, detém importante missão de manter viva a Carta Maior, sempre preocupada com a dinamicidade da vida e os problemas do cotidiano, sob pena de se gerar um mal-estar dos indivíduos desamparados³⁰¹. A preocupação pela fissura entre teoria e prática é demonstrada por Verdú, quando afirma que “a fissura entre o Direito Constitucional e a realidade constitucional não só implica um abismo entre normatividade normalidade”, mas, também, “uma defeituosa interiorização do desenvolvimento constitucional pelo cidadão, se sorte que pode ameaçar o Estado enquanto processo vital básico”³⁰².

Portanto, a atuação contramajoritária do STF é o que o legitima, democraticamente, a invalidar atos do Legislativo e do Executivo. Esse é o ativismo judicial que beneficia a sociedade. Ademais, conforme leciona Barroso, que viria, como vimos, tempos depois, como ministro da Corte Suprema, proferir

²⁹⁸ Dados obtidos a partir do Instituto de Pesquisas Datafolha, disponível em <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/01/08/b29e802ac9aa4689aa7d66fbcddc24a52e045d6de.pdf>.

²⁹⁹ Dados obtidos a partir do Senado Federal, através do DataSenado. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/Pesquisa%20Viol%C3%Aancia%20no%20Brasil%20-%20comunicado%20%C3%A0%20imprensa.pdf>.

³⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

³⁰¹ MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. A importância da função contramajoritária do STF frente a atual sociedade plural. FIDES, Natal, V. 9, n. 2, jul/dez. 2018, p. 30.

³⁰² VERDÚ, Pablo Lucas. O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 137.

votos com base na opinião pública, entre as funções do Supremo Tribunal Federal, estão a de aplicar diretamente a Constituição Federal, a de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e a de sanar lacunas ou omissões no nosso ordenamento jurídico³⁰³. Ele prossegue:

A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás.³⁰⁴

O atual Ministro da própria Suprema Corte assevera, ainda, que o Tribunal Constitucional possui o “status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias”³⁰⁵. Isso quer dizer que a função contramajoritária de um Tribunal Constitucional, ao servir de filtro contra as tiranias, busca, ao final, a manutenção de um Estado Democrático Constitucional de Direito. A democracia é, pois, a sua bússola. E o conceito de democracia acaba por transcender o que é representado pela vontade da maioria, exigindo, a bem da verdade, a manutenção de garantias fundamentais da Lei Maior³⁰⁶:

Num projeto de democracia, deve ter vez não somente aquele que participa da compreensão da maioria, mas também aquele que participa do bloco minoritário, que devem ser compreendidos como membros igualmente dignos. O guardião dessa condição é o guardião da própria Constituição, logo o Supremo Tribunal Federal. O papel contramajoritário vem sendo cumprido com muita parcimônia pela Suprema Corte, uma vez que ela só deve intervir nos casos em que estiver em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia.³⁰⁷

Não por outro motivo que Ataliba pontifica ser necessário que a Constituição da República não apenas garanta a posição e opinião da minoria, mas, para além, que, de fato, reconheça os seus direitos, sendo esse o ponto de partida para uma sadia forma de política³⁰⁸. Afinal, Estado de Direito nada mais

³⁰³ BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, UNI/CEUB, v. 5, 2015.

³⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. Idem, p. 37.

³⁰⁵ BARROSO, Luis Roberto. Idem, p. 36.

³⁰⁶ MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. A importância da função contramajoritária do STF frente a atual sociedade plural, p. 32.

³⁰⁷ MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. Idem, p. 32.

³⁰⁸ ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. Revista de informação legislativa, v. 24, n. 96, p. 189-194, out/dez, 1987, p. 193.

é que o Estado juridicamente voltado à implementação dos direitos fundamentais e limitados por estes³⁰⁹.

É somente com o reconhecimento, pois, da atuação contramajoritária do Tribunal Constitucional, como consequência lógica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais podem ser implementados, desenvolvendo, realmente, suas funções garantidoras da liberdade e autonomia individuais³¹⁰. Caso assim não fosse, seriam, tais direitos, letra morta na Carta Constitucional.

4.4 O desfecho da operação Lava-Jato e a necessidade do resgate dos direitos fundamentais

O direito de informação é princípio caro em nosso ordenamento jurídico, representando a expressão da liberdade de manifestação do pensamento. Sua definição, segundo Serani, é a “narração de fatos divulgada por meio do instrumento de imprensa quotidiana ou periódica, da transmissão radiofônica ou televisiva, ou por outros meios de comunicação em massa, sem finalidade científica, mas somente de informação”³¹¹.

Apesar de constar em nossa Constituição Federal de 1988 ser, a liberdade de informação, um direito individual, Artur Souza afirma que referida liberdade vai além do um direito individual e atende a expectativa de um direito social e coletivo, permitindo, inclusive, manifestações sociais, culturais, econômicas, étnicas etc³¹².

É a partir dessa constatação, de que a liberdade de imprensa e o direito à informação não se restringem ao campo dos direitos fundamentais individuais,

³⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. 2007, p. 89.

³¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. 2007, p. 90.

³¹¹ POLVANI. *La diffamazione a mezzo stampa*. Padova, 1998, 2. ed., p. 89; CORASANTI, *Diritto dell'informazione*, p. 191 e ss; LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1971, p. 153. Citados in SERANI, Daniele. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Série, Anno XLV, 2002, Milano, Dott. A. giufrè Editore, (1462-1483), p. 1467.

³¹² SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 156.

mas que sua atuação se desenvolve no âmbito dos direitos sociais para a concretização de pleitos democráticos, que emerge a preocupação da análise da influência que a mídia detém nas decisões judiciais³¹³.

Vimos, até aqui, a grande atuação da mídia no processo penal, seu campo lucrativo, e as nocividades que essa atuação detém, influenciando, inclusive, nas decisões judiciais. Vários foram os exemplos. Mas iniciamos com a operação Lava-Jato, um dos maiores escândalos de corrupção do país. Medidas cautelares diversas da prisão, como busca e apreensão, foram efetivadas. Prisões foram decretadas. Acordos de colaboração premiada foram selados. E, por fim, várias condenações e penas altas. Os resultados da operação, diga-se, estão divulgados: 130 (cento e trinta) denúncias oferecidas, 179 (cento e setenta e nove) ações penais e 174 (cento e setenta e quatro) condenados em primeira e segunda instância³¹⁴. A midiaticização já vimos. Recorde de manchetes.

Ao final e ao cabo, o Supremo Tribunal Federal, em março de 2021, anulou a condenação proferida pelo então juiz Sérgio Moro no chamado “caso do triplex do Guarujá”, através de sua 2ª Turma, no HC 164.493³¹⁵. A decisão foi confirmada pelo Plenário do STF em junho do mesmo ano, que confirmou também a incompetência do juízo para julgar a ação, que foi remetida à Justiça Federal do Distrito Federal. O STF estendeu, ainda, a suspeição do juiz a todas as ações contra o ex-presidente, que ficou elegível, novamente, para eventual candidatura. Um desastre jurídico que repercutiu na sociedade nas mais variadas formas. As violações às garantias fundamentais sempre serão uma violência contra a democracia.

Por isso mesmo, ao lado do direito à informação, tem-se a preocupação com os direitos de personalidade: dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, ampla defesa e contraditório são princípios caros ao Estado Social Democrático e Constitucional de Direito. A reputação e a liberdade são direitos

³¹³ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 157.

³¹⁴ Dados obtidos no site do Ministério Público Federal: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em 04 fev. 2022.

³¹⁵ Supremo Tribunal Federal. HC nº 164.493/PR.

individuais que consistem em valores transcendentais, e a falta desses direitos produz a ineficácia de todos os outros³¹⁶.

³¹⁶ SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil, p. 156.

5. CONCLUSÃO

O objetivo desta pesquisa foi refletir a midiática dos processos penais através da espetacularização midiática e seus efeitos na garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Estudar e trazer a importância dos princípios da publicidade dos processos e da imparcialidade do julgador, recaindo, de início, para o estudo de dados de casos práticos que tiveram alta cobertura pela mídia no Brasil e no mundo. No Brasil, em específico, o escândalo político da Laja-Jato.

Para compreender o protagonismo que o Poder Judiciário possui hoje, referido estudo, ainda no primeiro tópico, trouxe reflexões acerca do modelo político, jurídico e social denominado constitucionalismo, aproximando, de fato, a sociedade para si. O fenômeno da judicialização, portanto, pareceu-nos ser inevitável, posto que se constitucionaliza, em verdade, matérias de cunho político, trazendo o magistrado como um “garante” dessas normas constitucionais.

Deste modo, coube-nos trazer, ainda que brevemente, o estudo sobre a teoria política da separação de poderes, bem como a transição do Estado Liberal ao Estado Social, tendo como referencial teórico Paulo Bonavides. Após o fracasso do liberalismo, que não dava conta de resolver questões sociais, criando, assim, desigualdade, toma força o Estado Social que, em seu sentido mais democrático, reinterpreta a ideia de contenção do poder, preocupando-se com os direitos fundamentais do cidadão. É daí que o Poder Judiciário, então, é chamado a ter atribuições distintas, passando a analisar as medidas tomadas e a efetivação de resultados que até então eram de responsabilidade do Poder Legislativo.

A igualdade propagada, agora, pelo Estado Social, deve ser efetiva faticamente, e não apenas juridicamente. Portanto, há a necessidade de se criar mecanismos que possibilitem a concretização do texto constitucional, nivelando e aplicando de forma correta os direitos fundamentais. Daí a importância, nesta dissertação, de se estudar o Estado Social Constitucional e Democrático de Direito.

Finalmente, encerrou-se o primeiro tópico com o estudo sobre o conceito e estudos a partir de referenciais teóricos sobre o próprio ativismo judicial,

trazendo a crítica quando usado negativamente, suprimindo garantias fundamentais. O referencial teórico utilizado na crítica foi o de Lênio Streck, que analisa como antijurídica a atuação demasiada dos magistrados que decidem com base em argumentos políticos e de moral, substituindo o Direito pelas convicções pessoais. Viu-se que, de outro lado, Barroso defende a legitimidade que o Poder Judiciário possui para resguardar o processo democrático e promover valores constitucionais. O problema se resume, portanto, em se verificar se o ativismo é utilizado para a efetivação dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988, quando é considerado positiva, e quando o fenômeno serve para suprimir tais direitos, sendo considerado, neste caso, como negativo.

Depois do estudo feito acerca do protagonismo do Poder Judiciário através de pesquisa bibliográfica realizada, o tópico seguinte chegou ao ponto nevrálgico do trabalho, pretendendo demonstrar, além do constitucionalismo a mídia como fonte legitimadora do ativismo judicial.

Para tanto, trouxe-se o estudo, a partir de Thompson, da mídia como o quarto poder, atuando no campo simbólico de poder, tendo a capacidade de interferir nas ações de outras pessoas. A justificativa do estudo se deu justamente pela importância que detém a mídia como transformadora da vida social, exercendo forte influência em quem assiste ou lê. Os meios de comunicação de massa possuem, com tamanho poder, objetivos maiores que apenas se estabelecerem como instituição social reconhecida. É nesse ponto que o problema se revelou: o campo da mídia possui capacidade de ação que altera o curso de acontecimentos para alcançar os pretendidos objetivos.

Estamos diante da era da informação, na sociedade do espetáculo. Na sociedade do espetáculo, o real se torna apresentação e as imagens se destacam. Utilizando o referencial teórico de Guy Debord, pode se dizer que essa sociedade do espetáculo se define conforme o seu modo de produção. Portanto, o produto, ou a mercadoria, preenche a vida social. O modo de produção da “sociedade de espetáculo” encontra, pois, o seu grande triunfo: a transformação de produtos em imagens. Quanto mais terríveis as imagens, maior o interesse em se reproduzir para atender os anseios dessa mesma sociedade.

A mídia encontra, pois, no Poder Judiciário, o grande campo de trabalho, elevando, ainda mais, o seu protagonismo. Daí porque a importância do estudo da influência que exerce a mídia sobre o processo penal, pois o processo penal é consumível, caracterizado pela alta tensão e pela possibilidade de privação de liberdade individual. Os efeitos das ações e omissões no processo penal repercutem inexoravelmente na opinião pública, reduzindo ou aumentando, conforme o caso, os danos na sociedade: seja pela violação a bens jurídicos causadores de danos na sociedade, seja a violação de garantias fundamentais pelo Estado em desfavor do acusado.

Reside neste fato a imprescindibilidade de se resgatar a efetivação de um processo penal democrático e essencialmente acusatório. Apesar da nova reforma do Código de Processo Penal, através da Lei n. 13964/2019, que, finalmente, traz o sistema acusatório como o regente, vários dispositivos inquisitórios ainda não foram revogados: nem no texto, e nem na mentalidade de operadores jurídicos.

Os riscos de se vigorar o processo penal mediatizado são denunciados por Casara, e estudados no último capítulo, quando afirma que os papéis são absolutamente corrompidos para que o espetáculo se concretize dentro do processo penal: os juristas já não mais são juristas. De ator jurídico, passa a exercer meramente o papel de coadjuvante espectador. O juiz, antes o presidente do processo, avoca as responsabilidades de verdadeiro diretor. O Ministério Público, fiscal da lei e órgão acusatório, acaba por desempenhar o papel de roteirista do enredo. Tudo para atender interesses econômicos e o desejo da indústria da informação.

Por fim, estudamos as decisões proferidas conforme a opinião pública, que, não raras vezes, contrariam a própria Constituição Federal de 1988 como foi o caso do processo penal acerca da Operação Lava Jato. A cobertura jornalística de casos inflama a sociedade e possui a capacidade de influenciar as pessoas, inclusive os julgadores: togados ou leigos. Utilizando de Artur Souza, chegou-se a preocupação de que princípios constitucionais, como o da ampla defesa, a imparcialidade do julgador, o devido processo legal e a presunção de inocência sejam preteridos em razão da necessidade de se atender às expectativas da opinião pública, que é mediada pelos meios de comunicação de massa. Chegou a conclusão de que há a necessidade, pois, de

que os direitos e garantias fundamentais, postos na Constituição Federal de 1988, sejam efetivadas, sem interferência midiática.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais*. Vol. 921/2021, p. 191, jul/2012. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Montilla+Martos%2C+Jos%C3%A9+A.+Minoria+pol%C3%ADtica+%26+Tribunal+constitucional.+Madrid%3A+Trotta%2C+2002.+n.+3.1%2C+p.+86>. Acesso em 02 nov. 2021.

ALTHEIDE, David. L. I mass media, il crimine e il 'discorso di paura'. In: *La Televisione del Crimine*. A cura di Gabrio Forti e Marta Bertolino. Milano: Ed. V&P Università, 2005.

ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva? Dissertação de Mestrado. Niterói, 2014. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/7883/O%20julgamento%20do%20caso%20mensal%C3%A3o%20-%20Alexandre%20Arruda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 27/12/2021, p. 61.

¹ ARRUDA, Alexandre da Silva. O julgamento do caso mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?, p. 61-62.

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. *Revista de informação legislativa*, v. 24, n. 96, p. 189-194, out/dez, 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181799>. Acesso em: 10 out. 2021, p. 193.

BAPTISTA, Érica Ana. Corrupção e opinião pública: o escândalo da Lava Jato no governo Dilma Roussef. Tese do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-B6WGBG/1/tese_ericaanita2017_dcp.ufmg.pdf. Acesso em 10/01/2022.

BARATTA, Alessandro. Problemi sociali e percezione della criminalità. In: *Dei Delitti e delle Pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*. Anno I, n. 1, gennaio-aprile, 1983, Roma.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; e ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A legitimidade do "ativismo judicial" aos olhos da teoria do Estado e do Direito: um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais. *Revista Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 10, n. 14, 2012, p. 73. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/806>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. Tese de Doutorado. Curitiba, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UNI/CEUB, v. 5, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em 02 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, v. 05. n. 01. Rio de Janeiro: UERJ, p. 23-32, 2012.

BAUMAN, Zigmunt. *Tempos líquidos*: tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Rio de Janeiro: Freitas Barbosa Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOZZA, Fábio da Silva. Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal. Tese apresentada ao PPGD da Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35862/R - T - FABIO DA SILVA BOZZA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 dez. 2021.

BRETAS, Adriano. *Apontamentos de processo penal*. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens RR. **Processo penal do espetáculo**. Justificando, 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo/>>.

CASARA, Rubens R R. *Processo penal do espetáculo: e outros ensaios*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CATALÀ I BAS, Alexandre H. *Llibertat de expressió e informació – La jurisprudència del TEDH y su recepció por el tribunal constitucional*. València: Edicions Revista General de Derecho, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CIOCCARI, Deysi. Operação Lava Jato: escândalo, agendamento e enquadramento. *Revista ALTERJOR*. Grupo de Estudos Alterjor: Jornalismo Popular e Alternativo (ECA-USP). Ano 06. Volume 02. Edição 12. Junho-Dezembro de 2015, p. 74. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/alterjor/article/view/aj12-a04/104083>. Acesso em 04 fev. 2022.

CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORREA, Celio Roberto; QUADROS, Doacir Gonçalves de. O ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática? *Revista Meritum*, v. 15, n. 1, pp. 130-148, jan/abr. 2020. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiA27m1pN31AhUXq5UCHTPNCQAQFnoECBIQAQ&url=http%3A%2F%2Frevista.fumec.br%2Findex.php%2Fmeritum%2Farticle%2Fview%2F7832%2Fpdf_1&usg=AOvVaw1121zyZKMWq5UvrOCagHd-, p. 134-135. Acesso em 05/01/2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais*. Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

CRUZ, Denner Pacheco da; KUNSCH, Dimas Antônio. O DIREITO E A DIREITA: a operação lava-jato, a mídia e o poder. 2º Congresso Latinoamericano de Comunicación de la UNVM. Instituto Académico Pedagógico de Ciencias Sociales. Universidad Nacional Villa María, Villa María, Córdoba, 2020. Disponível em <https://www.aacademica.org/segundo.congreso.latinoamericano.de.comunicacion.de.la.unvm/123.pdf>. Acesso em 05/01/2022.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abre – Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DI CHIARA, Giuseppe. Televisione e dibattito penale – Esperienze e problemi della pubblicità mediata “tecnológica” in Italia: *In: BARBERO SANTOS,*

Marino; DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario Diego (coord.). *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal*. Salamanca: Universidade Salamanca, 1998.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELLIN, Nan. "Shelter from the storm, or form follows fear and vice versa". In *Architecture of Fear*, Nan Ellin (orgs.). Princeton Architectural Press, 1997.

ESPOSITO, Mauricio Pontes. Operação Lava Jato e Mídia: uma reflexão sobre a imagem da justiça. Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho Imaginário e Vínculos, do VI ComCult, Universidade Paulista, Campus Paraíso, São Paulo, p. 3.

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiwnsu29rv1AhWBpZUCHbclCfcQFnoECA8QAQ&url=https://www.comcult.cisc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/FGT5_Mauricio-Pontes-Esposito-PUCSP.pdf&usq=AOvVaw2EvPA2P04vPwl5iLF0qd0t, Acesso em 12.dez.2021.

FAUSTO NETO, Antonio. Comunicação e mídia impressa. São Paulo, Hacker, 1999.

FERRAZ JR, TÉRCIO S. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: Revista USP. São Paulo, nº 21. 1994.

FERRÉS, Joan Prats. *Televisión subliminal. Socialización mediante comunicaciones inadvertidas*. Barcelona: Paidós, 1996.

FONSECA, Francisco C. P. Mídia e democracia: falsas confluências. Dossiê Mídia e Política. Revista Sociol. Polít. Curitiba, 22, p. 13-24, jun. 2004, p. 20. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/smkPpKnzYLQYPPjy7CtRXTL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 03 jan. 2022.

FORSTHOFF, Ernst. *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*. Muenster, West, 1954.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. 1997.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Jefferson de Carvalho. **A criminalização na sociedade do espetáculo**: aportes hermenêuticos para a contenção do ativismo judicial.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Petrópolis. Petrópolis, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico São Paulo: Saraiva, 2013.

GUARIGLIA, Fabrício. Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidade. *Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: Del Puerto S.R.L., 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell, 2009.

HERKNHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Tercero en Discordia: jurisdicción y juez del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2015.

JUANES PECES, Ángel. Los juicios paralelos. El derecho a un proceso justo. Doctrina jurisprudencial en relación con esta materia. Conclusiones y juicio crítica en relación con las cuestiones analizadas. *Cuadernos de Derecho Judicial. Justicia y Medios de Comunicación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

LEIBHOLZ, Gerhard. “La nature et les formes de la démocratie”. *Archive de Philosophie du Droit et Sociologie Judirique*. N. 3-4. Paris, Recueil Sirey.

LEIBHOLZ, Gerhard. “Die freiheitliche und Egalitäre Komponente im modernen Parteienstaat”, in *Führung und Bildung in der heutigen Welt*, 1964.

LEITE, Paulo Moreira. *A outra História do Mensalão*. Rio de Janeiro: Geração Editorial, 2013.

LÓPEZ JIMENEZ, Raquel. *La prueba em el juicio por jurados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A “voz das ruas” implica na espetacularização dos julgamentos no STF? Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-13/limite-penal-espetaculo-julgamentos-stf-garante-publicidade>>.

LUHMANN, Niklas. *Stato di diritto e sistema sociale*. Trad. Alberto Febbrajo. Napoli: Guida Editori, 1978.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O Ativismo Judicial e a Intervenção do Poder Judiciário: A Limitação dos Orçamentos Públicos e a Garantia do Direito Fundamental à Saúde. *In: Revista Jurídica (FURB)* v. 21, n. 44. 2017.

MARTINO, Luís Mauro de Sá. Teoria da comunicação: ideias conceitos e métodos. Petrópolis: Vozes, 2014.

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZAROTTO, Eduardo Brugnolo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Ações afirmativas e judicialização da política: um olhar baseado na teoria de John Rawls. *In: Revista Eletrônica Direito e Política UNIVALI*, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *In: MOTTA, Pedro Vieira (Trad.). O espírito das leis.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTILLA MARTOS, José A. *Minoría política & Tribunal constitucional.* Madrid: Trotta, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992

MORETZSOHN, Sylvia. "O crime que chocou o Brasil": mídia, justiça e opinião pública na primeira fase do caso Isabella Nardoni. *Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, 17/18, p. 509-520, anual. 2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=96752. Acesso em: 7 nov. 2021, p. 513.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Seguridade social, mínimo existencial e ativismo judicial.* *In: Revista de Políticas Públicas.* v.2. n.2. 2016.

MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. A importância da função contramajoritária do STF frente a atual sociedade plural. *FIDES*, Natal, V. 9, n. 2, jul/dez. 2018, p. 30. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/download/432/434> Acesso em 02 nov. 2021.

MUÑOZ, Blanca. *La cultura global – medios de comunicación, cultura e ideología en la sociedad globalizada.* Madrid: Pearson Prentice Hall, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang;*

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90. ISBN 978-85-309-2488-1. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=11071. Acesso em: 7 nov. 2021. p. 79-113. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155834. Acesso em: 7 nov. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos*. São Paulo: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo Judicial: qual é o limite do Poder Judiciário. In: *Doutrina Pátria*. 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/ativismo-judicial-qual-o-limite-do-poder-judiciario/>, p. 3. Acesso em 12/10/2021.

OLIVEIRA, Juliana Gonçalves de; FERREIRA, Rafael Fonseca; QUINTANA, João Pedro Gonçalves. Judicialização da política e ativismo judicial: uma necessária distinção dentro do constitucionalismo contemporâneo. Revista da Jornada de Pós-Graduação e Pesquisa – Congrega. URCAMP. 2017. Disponível em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjx-tLeztL1AhUPIkGHcZ_CFIQFnoECAGQAw&url=http%3A%2F%2Frevista.urcamptche.br%2Findex.php%2Frcjppg%2Farticle%2Fdownload%2F790%2F486&usq=AOvVaw1dWe0BmXx64ODkYaoZw3Nf. Acesso em 12/12/2021.

PERNTHALER, Peter. “Über Begriff und Standort des Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung”, JBI, 1965.

POMPÉO, Wagner Augusto Hundertmarck; MARTINI, Alexandre Jaenisch. O papel da mídia na construção da democracia, cidadania e justiça no mundo globalizado: um estudo voltado aos efeitos das ações de imprensa e micropolíticas fundadas no espaço local. 1º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. UFSM, Santa Maria/RS, 2012. Disponível em <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=o+papel+da+m%C3%ADdia+na+democracia+em+um+Estado+Constitucional>. Acesso em 04 fev.2022.

POLVANI. *La diffamazione a mezzo stampa*. Padova, 1998, 2. ed., p. 89; CORASANTI, *Diritto dell'informazione*, p. 191 e ss; LEONE, *L'esimente dell'esercizio di um diritto*, Napoli, 1971, p. 153. Citados in SERANI, Daniele. *In Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Série, Anno XLV, 2002, Milano, Dott. A. giufrè Editore, (1462-1483).

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUADROS, Doacir Gonçalves de. O poder e a mídia na teoria social. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 7, n. 2, 2016, p. 89-90. Disponível em

https://www.academia.edu/36515543/O_PODER_E_A_M%C3%8DDIA_NA_TEORIA_SOCIAL. Acesso em 31.mar.2021.

ROBERTO, Welton. A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 72-80, ago./set.. 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=72391. Acesso em: 8 nov. 2021, p. 76.

RODRIGUES, Cunha. *Comunicar e julgar*. Coimbra: Edições Minerva, 1999.

RODRIGUES, Fabiana Alves. *Operação Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça Criminal*. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-14022020-163817/publico/2019_FabianaAlvesRodrigues_VCorr.pdf. Acesso em 20/12/2021, p. 168.

ROSA, Alexandre Moraes da. *A Superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial*. In: PRADO, Geraldo. MALAN, Diogo. (Coord.). *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001. 367 p. ISBN 85-86456-18-7. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=8729. Acesso em: 8 nov. 2021. p. 257-295. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=1922. Acesso em: 8 nov. 2021, p. 29.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação*. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 13, p. 82-109, jun. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222005000100004.

SEIFERT, Priscila Leal. *A Justiça no Banco dos Réus. Uma análise da relação entre Imprensa e Judiciário através da cobertura jornalística do caso "Mensalão"*. Dissertação (Doutorado em Ciências Sociológicas e Jurídicas) - Programa de Pós Graduação em Ciências Sociológicas e Jurídicas da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.

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

SILAS FILHO, Paulo. A ordem pública como fundamento para a prisão preventiva no processo penal. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2021.

SILVA, César Augusto da. Reformas econômicas da América Latina no contexto da globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações internacionais e globalização. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 1998.

SILVA, Daniel Neves. "Regimes totalitários"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/regime-totalitario.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2022.

SOARES, Murilo César. Representações, jornalismo e a esfera pública democrática [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 110-111. Disponível em <https://books.scielo.org/id/kgsw8/pdf/soares-9788579830181-06.pdf>. Acesso em 04 fev. 2022.

SONTAG, Susan. Diante da dor dos outros. Trad. Rubens Figueiredo – São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SOUZA, Artur. A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. Formato ebook Kindle.

SOUZA, André Peixoto de. Mídia sensacionalista no processo criminal. Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/midia-sensacionalista-no-processo-criminal/>.

STRECK, Lênio. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lênio. O indulto e a escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! *Conjur*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>. Acesso em 11/01/2022.

Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>.

Supremo Tribunal Federal. HC nº 164.493/PR. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5581966>.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAYLOR, Matthew M. *O judiciário e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2003.

THOMPSON, John B. *A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia*. Petrópolis: Vozes, 1998.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Judiciário e opinião pública: os limites do marketing judicial*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3497086/Judici%C3%A1rio_e_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_os_limites_do_marketing_judicial_email_work_card=view-paper>. Acesso em 26.abr.2021.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart*. Zweite verbersserte Auflage. Leipzig von Quelle & Meyer, 1921.

WERTHEIM, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000, p. 71. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/rmmLFLLbYsjPrkNrbkrK7VF/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 04 fev. 2022.

WINKLER, Guenther. *Wertbetrachtung in Recht und ihre Grenzen*, Viena, 1959.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2ª reimpressão, 2018.

ZIMMERLING, Ruth. *El mito de la opinión pública*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 14, 1993.