

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ROGER MACHADO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL  
DE TRATAMENTO: EFEITOS ENDOPROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS**

Porto Alegre  
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**ROGER MACHADO**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E  
CONVENCIONAL DE TRATAMENTO: EFEITOS ENDOPROCESSUAIS E  
EXTRAPROCESSUAIS**

**Porto Alegre**

**2021**

**ROGER MACHADO**

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E  
CONVENCIONAL DE TRATAMENTO: EFEITOS ENDOPROCESSUAIS E  
EXTRAPROCESSUAIS**

Dissertação apresentada como requisito para a  
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de  
Pós-Graduação em Ciências Criminais da  
Escola de Direito da Pontifícia Universidade  
Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2021

## Ficha Catalográfica

M149p Machado, Roger

Presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento : Efeitos endoprocessuais e extraprocessuais / Roger Machado. – 2021.

358 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Presunção de inocência. 2. Constitucionalidade. 3. Convencionalidade. 4. Norma de tratamento. 5. Efeitos processual e extraprocessual. I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

ROGER MACHADO

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL E  
CONVENCIONAL DE TRATAMENTO: EFEITOS ENDOPROCESSUAIS E  
EXTRAPROCESSUAIS**

Dissertação apresentada como requisito para a  
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-  
Graduação em Ciências Criminais da Escola de  
Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio  
Grande do Sul.

Aprovado em: 26 de março de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

---

Prof. Dra. Denise Luz

---

Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos

Porto Alegre  
2021

## AGRADECIMENTOS

Há pessoas que são simplesmente fundamentais na nossa vida. E elas sempre sabem disso. Por isso é desnecessário prolongar-se por tentar algo impossível: descrevê-las e agradecê-las. As palavras para isso seriam certamente indispensáveis, mas sabidamente insuficientes.

Em todo caso menciono aqui algumas delas: em primeiro lugar, minha esposa Gabriela, companheira de vida, parceria fortalecida depois de um ano em que se conjugaram as dificuldades do mestrado (meu e dela) e aquelas da pandemia. Agradeço por tudo, e sempre.

Agradeço em segundo lugar a meus pais, Osmar e Beatriz. A vida foi mais dura com eles do que tem sido comigo. Mas ainda que não tenham tido a oportunidade de avançar nos estudos não deixaram de me alertar desde muito cedo sobre a importância de trilhar esse caminho. Se a graduação já era uma importante fronteira transpassada por essa geração da família, o mestrado é um passo ainda mais audacioso. Agradeço também de forma especial a meus irmãos Eduardo e Michele pela parceria de sempre.

Agradeço ao professor Nereu Giacomolli, que assumiu e cumpriu a tarefa de orientação com afinco. Sugestões, correções, dicas, advertências. Esteve comigo no percurso e à disposição o tempo todo.

Deixo um agradecimento ainda aos amigos de Mestrado com quem mantive contato frequente, Andersson, Alexandre, Thales e Ramiro, parceiros de conversa, discussão.

Por fim, agradeço ao Adilson. Grande amigo, leitor voraz, contribuiu bastante com suas leituras e comentários.

“Desconfie dos paladinos, eles também querem sangue”

(Luís Fernando Veríssimo, Diálogos Impossíveis)

## RESUMO

Nesta pesquisa o tema central é a presunção de inocência, mas delimitando-se em torno de um de seus aspectos, a chamada regra ou norma de tratamento. Como problema se pretendeu descortinar qual o conteúdo mínimo do estado de inocência assimilável pelo Texto Constitucional brasileiro e pela Convenção Americana de Direitos Humanos e quais os efeitos práticos de sua incidência em âmbito endoprocessual e extraprocessual. Foram abordados pontos de relevância selecionados de acordo com uma concreta relação com o objeto de pesquisa, começando pelas prisões preventivas até chegar nos juízos paralelos condenatórios e em possíveis medidas de contenção desse fenômeno dos julgamentos midiáticos. São hipóteses de trabalho: a efetiva potencialidade de se conformar a presunção de inocência numa simbiose entre positividade constitucional e convencional, dando amplitude ao que se apresenta como um direito humano fundamental; a concreta existência de dissonâncias significativas entre uma essencial leitura constitucional/convencional e a moldura jurídica em que majoritariamente se insere esse direito-garantia em âmbito doutrinário e nas práticas de investigação e de processos nacionais. O trabalho foi desenvolvido essencialmente com pesquisa doutrinária e aportes pontuais de Cortes Internacionais (CORTE IDH, TEDH), recorrendo-se a decisões jurisprudenciais nacionais em alguns casos como forma representativa da compreensão e do comportamento judicial majoritário sobre determinados pontos de exame. Adotou uma postura que busca pensar os efeitos processuais e extraprocessuais em uma projeção concreta, tratando-se sempre de questões que são controvertidas atualmente. O trabalho insere-se na área de concentração Sistema Penal e Violência, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, linha de pesquisa Sistemas Jurídicos Contemporâneos e está vinculado ao projeto de pesquisa de Nereu José Giacomolli, Processo Penal Contemporâneo: Fundamentos, Perspectivas e Problemas Atuais. Os achados de pesquisa parecem contribuir para fomentar um conjunto de diretrizes aptas a dar amplitude à presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento, servindo tanto como uma ferramenta teórica de diagnósticos de violações ao direito-garantia estudado quanto para uma potencial orientação a comportamentos aderentes à sua base normativa.

**Palavras-chave:** Presunção de inocência. Constitucionalidade. Convencionalidade. Norma de tratamento. Efeitos. Processual. Extraprocessual.



## ABSTRACT

In this research, the central issue is the presumption of innocence, but delimiting around one of its aspects, the so-called rule or norm of treatment. As a problem, it was intended to discover what was the minimum content of the state of innocence which can be assimilated by the Brazilian Constitutional Text and the American Convention on Human Rights and what are the practical effects of its incidence in the endoprocessual and extraprocessual scope. Relevant points selected according to a concrete relationship with the object of the research were approached, starting with preventive arrests to arrests in condemnatory parallel judgments and possible measures to contain this phenomenon of media judgments. There were hypotheses of work: the effective potential to conform the presumption of innocence in a symbiosis between constitutional and conventional positivization, giving amplitude to what presents itself as a fundamental human right; the concrete existence of significant dissonances between an essential constitutional / conventional reading and the legal framework in which this warranty law is mainly inserted in the doctrinal sphere and in the investigation practices and national processes. The project was essentially developed with doctrinal research and specific contributions from International Courts (I/A Court H.R., ECHR), using national jurisprudential decisions in some cases as a representative form of the majority understanding and judicial behavior on certain examination points. It was adopted a posture that sought to think of the processual and extraprocessual effects in a concrete projection, always dealing with issues that are currently controversial. The work is part of the Criminal System and Violence concentration area, under the Graduate Program in Criminal Sciences at *Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, line of research Contemporary Juridic System and is linked to the research project by Nereu José Giacomolli, Contemporary Criminal Process: Foundations, Perspectives and Current Problems. The research findings seem to contribute to fostering a set of guidelines capable of giving amplitude to the presumption of innocence as a constitutional and conventional treatment requirement, serving not only as a theoretical tool for diagnosing violations of the studied warranty law but also for a potential orientation to behaviors adhering to its normative basis.

**Keywords:** Presumption of innocence. Constitutionality. Conventionality. Norm of treatment. Effects. Processual. Extraprocessual.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Dados estatísticos do sistema carcerário brasileiro – amostragem anual aleatória.....	206
Figura 2 – Monitoramento de pessoas privadas de liberdade – CNJ – outubro de 2020.....	207

## LISTA DE ABREVIATURAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DADH – Declaração Americana de Direitos Humanos

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL, A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E O CONTEÚDO E A PROJEÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA .....</b>	<b>18</b>
2.1 Estado de Direito, funções da Constituição, constitucionalização dos direitos fundamentais e a relevância da posição hierárquica da presunção de inocência como direito-garantia fundamental. ....	18
2.2 O conteúdo do princípio presunção de inocência atribuível ao inciso LVII da CF/88. ....	35
2.2.1 A presunção de inocência como uma ideia-força. Aportes preliminares .....	36
2.2.2 Diretriz política e jurídica do devido processo legal e vetor axiológico, interpretativo e de critério de legitimação do ordenamento jurídico .....	58
2.2.3 Presunção de inocência como tratamento em uma dupla acepção: efeitos endógenos e exógenos .....	78
2.2.3.1 Perspectiva endoprocessual da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento .....	79
2.2.3.2 Perspectiva extraprocessual da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento .....	85
2.2.4 Presunção de inocência, norma de tratamento e a jurisprudência do STF .....	91
2.2.5 Presunção de inocência: fechamento de capítulo, fixação preliminar de conteúdo e marco temporal .....	112
<b>3. APLICAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO NA INVESTIGAÇÃO E NO PROCESSO – EFEITOS ENDOPROCESSUAIS .....</b>	<b>119</b>
3.1 Prisão preventiva e os pontos sensíveis e as transposições indesejáveis dos limites impostos pelo princípio da presunção de inocência.....	119
3.1.1 A compatibilização da prisão preventiva com a presunção de inocência e o abandono dos extremos .....	120
3.1.2 Os antecedentes criminais e a reincidência para decretos de prisão preventiva.....	157

3.1.3 A prisão para identificação criminal e para garantir a execução das medidas protetivas de urgência .....	159
3.1.4 Sobre o problema dos limites de prazos das prisões preventivas e propostas de conformação em face da presunção de inocência.....	160
3.1.5 A necessária distinção de tratamento entre presos provisórios e presos definitivamente condenados .....	175
3.1.6 A polêmica sobre a execução antecipada da pena.....	177
3.2 Medidas cautelares diversas da prisão e presunção de inocência. Pode a medida cautelar ser deferida para evitar a prática de infrações penais? .....	197
3.3 A presunção de inocência e suas conexões com o tratamento digno e à não autoincriminação como forma de proteção contra abusos na investigação e no processo.....	212
3.3.1 O uso de algemas em conformidade com o postulado jurídico-político e de regra de tratamento da presunção de inocência .....	217
3.3.2 Condução coercitiva em investigações e processos judiciais.....	223
3.3.3 Métodos diversos que buscam coletar evidências e provas por meios capciosos e ilegais .....	230
3.4 Juízos antecipados de culpabilidade proferidos no âmbito investigatório ou processual. Emissão judicial prematura de opiniões conclusivas e pré-concebidas sobre a culpa de alguém e de que forma a presunção de inocência deve funcionar nesses casos como critério de aferição da imparcialidade e de pré-compreensões inautênticas .....	233
<b>4. ESTADO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO EXTRAPROCESSUAL .....</b>	<b>247</b>
4.1 A ideia de presunção de inocência como obstáculo aos prejulgamentos. Caráter extraprocessual. Conteúdo da garantia e destinatários da norma de proibição. Contributo das Cortes Internacionais. ....	248
4.2 A publicidade processual e a presunção de inocência em matéria criminal. Prejulgar é cumprir a regra da publicidade dos atos processuais?.....	264
4.3. Presunção de inocência e as liberdades de expressão. Alguns parâmetros para uma tentativa de delimitação do espaço de conciliação. ....	272

4.4 Como a violência às dimensões processual e extraprocessual da presunção de inocência podem se relacionar e se influenciar reciprocamente? .....	297
4.5 O dever de proteção do estado de inocência E as diversas possibilidades legais de contribuir para uma tutela da condição de inocente .....	304
4.5.1 A antecipação de atribuição de culpa como abuso de autoridade. ....	306
4.5.2 Medidas legais diversas que podem ajudar a coibir o tratamento indevido por parte de agentes públicos e meios de comunicação .....	313
4.5.3 Outras medidas destinadas a conter a pressão de fatores midiáticos no tratamento do caso penal .....	318
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>326</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>336</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A presunção de inocência foi prevista de forma inédita no art. 5º, LVII, da CF/88, ganhando um reforço com a posterior subscrição do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, que incorporou a mesma garantia no art. 8º, 2 e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14, 2.

Apesar da positivação do direito-garantia nesses documentos jurídicos de alta relevância para a tutela dos direitos humanos e fundamentais, as polêmicas candentes que gravitam em torno do tema revelam que as previsões acima apontadas como fontes normativas delimitam um escasso consenso na matéria, a saber, o local em que positivada.

A partir daí, mesmo depois de 30 anos, acumulam-se controvérsias e, apesar de normalmente erigida a princípio e direito fundamental, a presunção de inocência tem sido exposta a uma série de relativizações, descontextualizações, críticas, de modo que paulatinamente é desidratada ou tem sua força normativa atenuada, em nome de práticas institucionais e posições doutrinárias que restringem seu âmbito de aplicação e seu conteúdo eficaz.

Não seria exagero afirmar, aliás, que determinadas leituras sobre o tema ainda preservam compreensões anteriores ao advento da CF/88 e dos textos internacionais, como se fosse possível que a concretização de um direito até então desprovido de previsão jurídica explícita pudesse ocorrer sem quaisquer influências da nova configuração jurídica pós-88.

As mais recentes discussões acerca da (im)possibilidade de execução antecipada da pena criminal configuram apenas uma das muitas facetas dos debates que se tem travado acerca da concretização e dos efeitos da presunção de inocência, como revela o elenco de tópicos selecionados para análise neste trabalho.

A quantidade considerável de prisões preventivas decretadas no país por razões de ordem pública, as medidas cautelares com finalidades materiais, comportamentos estatais que causam constrangimentos a investigados e a acusados, declarações de autoridades públicas com prejulgamentos de fatos e de pessoas, emissão de juízos paralelos condenatórios por parte de órgãos de comunicação ou de pessoas que por meio deles se manifestam são algumas das questões que mobilizaram o estudo do tema.

A rigor, é comum falar-se de presunção de inocência no processo penal brasileiro. Entretanto, a nomenclatura, a natureza jurídica como direito e/ou garantia fundamental, os desdobramentos daí decorrentes, o conteúdo eficaz, a conformidade constitucional e

convencional e os efeitos processuais e extraprocessuais são ainda temas controvertidos, por vezes pouco explorados.

Nesta pesquisa o tema central é a presunção de inocência, mas delimitando-se em torno de um de seus aspectos, a chamada regra ou norma de tratamento. Como problema de pesquisa pretende-se descortinar qual o conteúdo mínimo do estado de inocência assimilável pelo Texto Constitucional brasileiro, pela CADH, pelo PIDCP e quais os efeitos práticos de sua incidência na vertente de regra ou norma de tratamento.

Serão adotadas algumas hipóteses de trabalho: em primeiro lugar, ao identificar que a presunção de inocência está prevista tanto na CF/88, quanto na CADH e ainda no PIDCP, todos documentos jurídicos que vinculam o Estado brasileiro, parte-se da hipótese de uma efetiva potencialidade de se conformar a presunção de inocência numa simbiose entre posituação constitucional e convencional, dando amplitude ao que se apresenta como um direito humano fundamental, considerando para tanto o desenvolvimento que a matéria tem recebido não só no campo doméstico, mas também na CORTE IDH e no Comitê de Direitos Humanos da ONU, além de buscar contribuições no TEDH; outra hipótese que guia a pesquisa diz respeito a uma provável e concreta existência de dissonâncias significativas entre uma essencial leitura constitucional/convencional e a moldura jurídica em que majoritariamente se insere esse direito-garantia no âmbito de parcela da doutrina e nas práticas de investigação e de processos nacionais.

A empreitada será desenvolvida em algumas etapas. Num primeiro momento o objetivo é traçar linhas básicas sobre a compreensão do que é uma Constituição e quais suas funções, as características determinantes de um direito fundamental e as consequências daí decorrentes para o ordenamento jurídico, tudo com a pretensão de desenvolver a presunção de inocência num ambiente jurídico em que estejam assentadas premissas fundamentais para que se possa perquirir se existe o direito-garantia e qual sua natureza, como ele deve se manifestar juridicamente e qual sua finalidade dentro do ordenamento jurídico. A abordagem do aspecto axiológico e de sua faceta de diretriz jurídico-política tem justamente a finalidade de inserir a presunção de inocência dentro de um complexo esquema de proteção de direitos fundamentais extraível da CF/88, inclusive com a abertura necessária aos tratados internacionais, notadamente a CADH.

A projeção processual da presunção de inocência como norma de tratamento é o guia para buscar atingir o objetivo do segundo capítulo: a partir da identificação do conteúdo essencial atribuível ao art. 5º, LVII, CF/88, no que diz com a faceta em estudo, tentar-se-á compreender determinados temas processuais que são diretamente vinculados a ela, tais como



as prisões preventivas e suas hipóteses de incidência, vedação de juízos antecipados, proibição de constrangimentos físicos e morais dos investigados e acusados, utilização de medidas cautelares com finalidade de tutela material, limite de prazos para prisões, distinções de tratamento entre presos condenados definitivamente e presos provisórios, (im)possibilidade de execução antecipada de penas criminais.

Já a projeção extraprocessual da presunção de inocência será vetor de análise de outros relevantes temas a serem abordados no terceiro capítulo. Aqui o objetivo será justamente examinar se a presunção de inocência pode adquirir algum grau de autonomia que amplie sua abrangência para fora do processo, funcionando como um limite às manifestações com prejulgamentos por parte de autoridades públicas, aos juízos paralelos condenatórios veiculados em meios de comunicação e às campanhas midiáticas de forte apelo condenatório, com frequência potencializadas por vazamentos seletivos de informações sigilosas.

Sem a pretensão de esgotar as múltiplas possibilidades de aplicação, serão abordados pontos de relevância selecionados de acordo com uma concreta relação com o objeto de pesquisa, começando pelas prisões preventivas até chegar nos juízos paralelos condenatórios e em possíveis medidas de contenção desse fenômeno dos julgamentos midiáticos.

O trabalho desenvolver-se-á essencialmente com pesquisa doutrinária e aportes pontuais de Cortes Internacionais (CORTE IDH, TEDH), recorrendo-se a decisões jurisprudenciais nacionais em alguns casos como forma representativa da compreensão e do comportamento judicial majoritário sobre determinados pontos de exame.

Adotar-se-á um modelo de análise que buscará pensar os efeitos processuais e extraprocessuais em uma projeção concreta, tratando-se sempre de questões que são controvertidas atualmente. Por fim, o presente trabalho insere-se na área de concentração Sistema Penal e Violência, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, linha de pesquisa Sistemas Jurídicos Contemporâneos e está vinculado ao projeto de pesquisa de Nereu José Giacomolli, Processo Penal Contemporâneo: Fundamentos, Perspectivas e Problemas Atuais.

## **2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL, A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E O CONTEÚDO E A PROJEÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA**

A presunção de inocência foi prevista de forma inédita na Constituição Federal de 1988. Junto com a CF/88, o Brasil inaugura um período de afirmação como Estado Democrático de Direito que reconhece uma gama generosa de direitos fundamentais entrelaçados e revestidos de diferentes conotações materiais (sejam direitos de defesa, sejam direitos a prestações estatais, etc). A constitucionalização desses direitos, dentre eles aquele que é objeto deste trabalho, traz inúmeras e relevantes transformações ao ordenamento jurídico.

O presente capítulo pretende, portanto, apresentar algumas considerações sobre a importância da nova configuração jurídica do Estado de Direito fundado e organizado a partir da Constituição Federal e as funções atribuídas à própria Constituição; traçar as linhas mais elementares acerca das características dos direitos fundamentais dela extraídos ou deduzidos; abordar os contornos jurídico-políticos do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, CF/88, buscando contribuições pontuais do ponto de vista histórico e esboçando um diálogo entre o desenvolvimento teórico e prático do princípio no Brasil, na CORTE IDH, no TEDH e, em alguma medida, nas opiniões sobre o tema colhidas em contextos jurídicos estrangeiros.

### **2.1 ESTADO DE DIREITO, FUNÇÕES DA CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELEVÂNCIA DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL.**

A ideia fundamental de Estado de direito democrático-constitucional, no dizer de CANOTILHO, traduz uma figura jurídico-político de elevada importância, ao propor uma simbiose entre Estado de Direito e Democracia.<sup>1</sup> Com efeito, a tentativa de conciliar democracia e constitucionalismo por meio de uma decisão política de caráter normativo, uma Constituição democrática, parece uma das grandes conquistas do século XX.

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 97/100.

Como diz FIORAVANTI, após a Segunda Guerra Mundial, já não se podia pensar numa constituição somente estatal, conforme o modelo alemão, ou exclusivamente parlamentar (modelo britânico).

*La constitución debía representar grandes rupturas y situarse como fundamento de nuevos regímenes políticos, concurriendo a legitimarlos de manera decisiva, como en el caso de las democracias que en la última pós-guerra mundial han salido de las cenizas de los precedentes regímenes totalitarios".<sup>2</sup>*

Ou seja, nessa altura, já não só as normas constitutivas do Estado como expressão de um poder constituinte radicado na vontade do povo, mas também normas de princípios consagradoras de direitos fundamentais e de igualdade passavam a ser incorporadas na Constituição.<sup>3</sup>

Dentre os elementos que FIORAVANTI aponta como característicos das Constituições democráticas do século XX (expressadas a partir de Weimar) estão: Um poder constituinte que, na Constituição de Weimar,<sup>4</sup> estaria ligado ao povo alemão. Em síntese, o povo expressa sua soberania. Trata-se, a seu ver, de uma consagração de decisões fundamentais de um determinado povo, que imprimem características decisivas à Constituição, com caráter normativo, e na qual ficam assentados direitos fundamentais que se traduzem num núcleo fundamental, com supremacia e com caráter irrenunciável.<sup>5</sup> Sobre esta base, segundo o autor italiano, vão se reunindo os demais caracteres das constituições liberais, dentre os quais a separação de poderes, a tutela dos direitos fundamentais, o método parlamentar para as decisões políticas.<sup>6</sup>

As Constituições democráticas visam conciliar democracia e constitucionalismo, preservando, de um lado, a legitimidade política de decisões fundamentais de uma determinada comunidade e autorizando o exercício do poder político pelas instituições constituídas e, de outro, garantindo um necessário limite ao exercício do poder pelos órgãos diversos. Legitimar e controlar, eis o foco das constituições democráticas.<sup>7</sup>

O equilíbrio entre democracia e constituição encontra um necessário instrumento de garantia, portanto, na força normativa da Constituição, hierarquicamente superior a todas as

---

2 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 149.

3 Ibid, p. 149.

4 A Constituição de Weimar, segundo o autor, é a primeira das propostas de constituições democráticas, mas estará, como se verá, fatalmente no centro de debates sobre a normatividade das constituições e sua proposta ideológica de um programa de governo acaba por ser alvo, inclusive dos positivistas, afetando diretamente características das constituições como normas.

5 FIORAVANTI, Maurizio, op. cit., p. 150.

6 Ibid, p. 152.

7 Ibid, p. 164.

demais normas, e no controle de constitucionalidade<sup>8</sup> como remédio contra as decisões que vão de encontro aos princípios fundamentais da Constituição.<sup>9</sup>

O estado constitucional nessa quadra histórica, portanto, só pode ser um estado democrático,<sup>10</sup> na medida em que ele conforma o poder, define direitos fundamentais e, antes de tudo, o faz a partir da legitimação do poder pelo consentimento do povo em assim ser governado. Logo, é a soberania popular o elemento chave pelo qual o Estado de Direito, em sua formatação legal, receberá a legitimidade de que precisa para tornar-se também democrático.<sup>11</sup> E nisso, como o faz CANOTILHO, reside a fundamental exigência de que o exercício do poder tem sua legitimidade condicionada ao império do Direito, assim compreendido pela indispensável obediência ao sistema jurídico constitucional.

Trata-se aí de garantir uma fundamental legitimidade da ordem jurídico-constitucional capaz de expressar uma dimensão material das aspirações de uma dada comunidade, sem, contudo, deixar-se cair na tentação dos absolutismos axiológicos ou puramente formais ou

---

<sup>8</sup> No plano da teoria do poder constituinte e constitucional, o modelo europeu continental de poder legislativo soberano cede espaço ao modelo americano de uma norma fundamental suprema, hierarquicamente superior, auxiliada ao mesmo tempo por uma nova concepção de controle de constitucionalidade, de forte inspiração Kelseniana, em que a Constituição passa a servir como parâmetro de constitucionalidade das leis, do que resulta, naturalmente, uma limitação jurídica aos poderes constituídos. Ainda que o modelo austríaco de Kelsen tenha diferenças em relação ao *judicial review* americano, há, de fato, uma recepção europeia ao princípio da supremacia constitucional impulsionada pelos episódios catastróficos das guerras no século XX. O fracasso do modelo de justiça constitucional de Weimar, assim, teria levado a Alemanha a adotar um novo modelo de justiça constitucional no pós-guerra, decisão também adotada na Itália. ENTERÍA, Eduardo García. Constituição como norma. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 80/88.

<sup>9</sup> A precisa advertência de FIORAVANTI merece ser sempre lembrada. Esse equilíbrio, só alcançado em tempos recentes do ponto de vista histórico, é garantido à custa de um necessário respeito de todas as instituições protagonistas envolvidas na concretização da Constituição, sejam os órgãos políticos, legislativo e executivo, sejam os órgãos jurisdicionais, às regras fundamentais que preservam o equilíbrio de forças. A instabilidade desse mecanismo é uma possibilidade real e a progressiva consolidação desse modelo constitucional pressupõe que um poder não intente invadir a esfera de atuação dos outros. FIORAVANTI, Maurízio, op. cit., p. 164.

<sup>10</sup> Como adverte REIS NOVAIS, a separação de poderes e a proteção dos direitos fundamentais não é característica confinada à perspectiva liberal de um Estado de Direito. Antes, pelo contrário, é pressuposto fundamental de todo modelo jurídico de Estado. A adjetivação liberal de Estado de Direito, segundo o autor português, revela apenas uma particular concretização das técnicas de limitação do poder e garantia de direitos no Estado Liberal, impulsionadas por valores burgueses. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 70.

<sup>11</sup> A aproximação entre Estado de Direito e democracia torna-se fundamental para superar aquele modelo de Estado de Direito que começou por se desenhar na Alemanha, traçando princípios políticos que pretendiam estruturar a organização estatal por meio de uma soberania capaz de se contrapor aos absolutismos tanto monárquicos, quanto do povo, mas que, ao mesmo tempo, padecia de um déficit democrático. Evidentemente que a preocupação dos teóricos da época centrava-se nos acontecimentos pós-revolucionários e nas experiências, sobretudo do absolutismo parlamentar francês. Como diz FIORAVANTI, a procura de um modelo suficiente para garantir estabilidade à Europa liberal saída da Revolução resulta na formulação desse mecanismo do Estado de Direito como contraposição a uma origem revolucionária do direito público, em síntese, ao princípio democrático. FIORAVANTI, Maurízio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 132/142.

tecnicistas. As constituições democráticas animam-se, portanto, em conciliar elementos importantes da teoria política e constitucional, a fim de produzir, no seio das sociedades democráticas, uma conspiração favorável em termos normativos para o sucesso, ainda que eventualmente parcial, da convivência entre os diferentes.

E bem adverte PEREZ LUÑO que onde o componente ideológico sobrepujar as técnicas formais de garantia, corre-se o risco de que o aparato estatal seja subestimado e a insegurança daí decorrente inviabilize o seu funcionamento e permita que a liberdade de uns acabe por violar a liberdade de outros. Já a superação dos componentes ideológicos por uma visão absolutamente formal e tecnicista do direito pode transformar a estrutura num arcabouço autoritário, incontrolável, em que a ordem jurídica é confundida com segurança jurídica, sem respeito aos direitos fundamentais.<sup>12</sup>

Um Estado de Direito pressupõe, assim, uma dimensão material que conflui para a proteção e promoção dos direitos fundamentais, erigida à finalidade precípua da própria existência do Estado.<sup>13</sup>

No plano de um Estado social e democrático de Direito é a proteção dos direitos fundamentais que ilumina toda a atmosfera jurídica em torno de um valor supremo, o da dignidade da pessoa humana, de modo que a certeza, a previsibilidade em razão da segurança jurídica e as técnicas formais de controle só se revestem de fundamento normativo legítimo se forem capazes de se reconduzir aos fins normativo-constitucionais de limitação do Estado inspirada por essa constelação axiológico-normativa.<sup>14</sup>

A dimensão material do Estado Democrático de Direito, assim, também se projeta na promoção das condições objetivas de desenvolvimento da liberdade e da personalidade dos indivíduos, com vista à concretização de um ideário de igualdade e de justiça material.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> LUÑO Antonio E. Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 243.

<sup>13</sup> Para REIS NOVAIS, o que qualifica um Estado de Direito liberal e o distingue das formas anteriores de Estado é a assunção de uma função de proteção dos direitos naturais do homem como fim primordial. Assim estaríamos diante de um Estado de Direito material, na medida em que ações estatais tendem a confluir para este fim. Um Estado de Direito material pressupõe, portanto, uma limitação jurídica do Poder ao próprio estado, num ambiente em que se localiza um núcleo de valores a salvo de suas interferências. A validade formal dos atos decorre de sua conformidade com a lei, enquanto a legitimidade é consequência da afinidade de suas ações com aqueles princípios nucleares que são superiores e anteriores. A essência de um Estado de Direito para o autor está localizada justamente na proteção dos direitos fundamentais, sem a qual o Estado estaria num vazio de legitimidade. Ao avançar o tema para o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, NOVAIS não abandonará esse núcleo fundamental de compreensão do Estado de Direito. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 101.

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 226.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 227.

E, ainda, reconhece por uma robusta força vinculante da autonomia individual e dos direitos fundamentais um limite originário e transcendente ao poder do Estado, uma heterolimitação que afeta até mesmo o Poder Constituinte e subtrai da decisão constituinte uma parcela intangível de direitos que constitui a dimensão material do Estado de Direito atual.<sup>16</sup>

Nesse contexto, o modelo constitucional brasileiro, fortemente influenciado pelas transformações do direito na Europa continental e sem deixar de revelar as influências do constitucionalismo americano, alinhado a algumas peculiaridades locais, também vai paulatinamente passando por transformações significativas e incorporando ao ideário jurídico nacional ideias e experiências alienígenas.

Na atual conjuntura, sobretudo depois de sair de um regime civil-militar, acentuam-se as opiniões, pelo menos num âmbito teórico, em torno de uma Constituição juridicamente vinculante, dotada de supremacia e de uma posição hierárquica superior, que conforma o Estado, que protege os direitos fundamentais e que acolhe um duplo modelo de controle de constitucionalidade, seja difuso, seja concentrado, conciliando as influências tanto americana, quanto europeia.

Mas do ponto de vista mais específico, quais as funções de uma Constituição? A resposta a tal pergunta evidentemente não encontra conteúdo único nem pode ser extraída de uma simples consulta a um compêndio de funções normalmente atribuídas às constituições como se fossem aplicáveis a toda e qualquer realidade nacional.<sup>17</sup>

Em todo caso, ainda que as funções da Constituição moderna não estejam incorporadas a uma lista definida e consensual, CANOTILHO faz uma importante análise do problema a partir da definição de uma função primária. Ao se perguntar inicialmente para que serve, em essência, uma Constituição, o autor estabelece uma função primária inarredável: “em síntese canônica”, uma Constituição serve “para prevenir perigos provados”.<sup>18</sup>

Do que parece se extrair, com clareza, uma Constituição como fundamentalmente servindo de marco delimitativo a partir do qual uma nova experiência jurídica marca uma ruptura com o passado inaceitável, assim entendido a partir de uma memória coletiva dos horrores testemunhados por uma dada comunidade (seja o *ancien regime*, os regimes

---

<sup>16</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 227.

<sup>17</sup> Como adverte SARLET, as classificações são várias e mesmo uma definição de ordem cronológica ou hierárquica seria questionável. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 88.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição do Brasil de 1988 – Instrumento de proteção das diferenças entre o direito e política. IN: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo. **Assembleia Nacional Constituinte**. Análise crítica. São Paulo: Saraiva, 2017 (Série IDP: constitucionalismo brasileiro), p. 22.

totalitários, as ditaduras autoritárias, etc), de modo que se estatui aí uma Constituição encartada numa narrativa libertadora.

A função preventiva-libertadora, nesse contexto, projeta-se numa dupla dimensão: de olho no passado, num aspecto limitativo, preventivo, como fundamento genuíno do poder, assim entendido como a fonte de legitimação (justificação constitucional do título do poder e de seu exercício), de limitação (o poder submetido ao Direito) e de meios de defesa contra o seu abuso (instrumentos ou remédios de proteção subjetiva contra os atos agressivos comissivos ou omissivos dos agentes do Estado); para o futuro, como um programa agendado para alcançar uma democracia social, econômica e política,<sup>19</sup>e, acrescentaríamos, jurídica. Ademais, cremos pertencer a significativos textos constitucionais em geral e à Constituição brasileira, em particular, no mínimo, ainda as funções de:

Função de revelação de um consenso fundamental que expressa uma ideia dos princípios, dos valores e das diretrizes que assumem uma condição de parâmetro de conduta, pautando o comportamento político e jurídico em uma dada comunidade. Trata-se de uma *função de integração principal*, afirma CANOTILHO, porque “aceites simplesmente como princípios e não como programas ideológicos ou políticos”.<sup>20</sup>

Em segundo lugar, a importante função de conferir legitimidade a uma ordem política vigente e legitimação ao poder exercido. A Constituição, pois, não se legitima só pela legalidade. A legitimidade decorrerá da validade conseguida por constituir uma ordem justa e da respectiva aceitação de seus postulados por parte da comunidade, sobretudo em razão da contemplação de princípios de justiça normativo-constitucionais consagrados.<sup>21</sup>

A legitimação do poder, por sua vez, é conferida por esta Constituição que efetivamente é o instrumento de fundação, regulação e limitação do poder. No “estado constitucional não existe qualquer ‘poder’ que, pelo menos, não seja ‘constituído’ pela constituição e por ela juridicamente vinculado”.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 23/24. Para os propósitos deste trabalho, parece dispensável abordagem da polêmica que se instaurou sobre o pensamento de CANOTILHO a respeito da constituição dirigente, tendo o autor passado em revista algumas das teses então defendidas e colocado em perspectiva a possibilidade de superação de parte da agenda programática da Constituição Portuguesa de 1976 e, por consequência, de programas ideológicos e metanarrativas desautorizadas pela incapacidade de sua concretização. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 154 e ss.

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1438/1439.

<sup>21</sup> Ibid, p. 1439/1440.

<sup>22</sup> Ibid, p. 1440.

Como garantia e proteção dos direitos e liberdades,<sup>23</sup> a Constituição funciona com o desiderato de subtrair do poder soberano qualquer disposição arbitrária ou titularidade dos direitos fundamentais que, em essência, pertencem aos indivíduos. Trata-se, em síntese, de uma fronteira intransponível, funcionando como um direito superior que vincula política e juridicamente todo detentor de poder,<sup>24</sup> não sendo admissível restringir ou suprimir qualquer direito fundamental, ainda que provisoriamente, sem autorização constitucional.<sup>25</sup> A Constituição, segundo CANOTILHO, ainda funciona como ordem jurídica fundamental de organização do estado e como base jurídica fundamental de todo o restante do ordenamento.<sup>26</sup>

Credita-se também às constituições as funções de estabilidade e de símbolo, garantia e instrumento de afirmação da identidade da ordem jurídica e política de uma comunidade. No primeiro caso, busca-se dar longevidade ao texto constitucional, sem, entretanto, impedir-se que, pelos meios constitucionais adequados, o vigor normativo possa ser sempre atualizado, seja por reformas ou, já num âmbito mais polêmico, por meio das chamadas mutações constitucionais. O recurso utilizado para garantir a estabilidade é normalmente o das limitações formais e materiais ao poder de reforma constitucional.<sup>27</sup>

A outra função mencionada pretende garantir uma identidade própria de uma determinada comunidade política a partir das escolhas constitucionais realizadas no processo constituinte. Opções que formatam uma identidade única dentre os diversos estados e que só será preservada enquanto vigorar o texto constitucional, originário ou reformado, desde que respeitadas os limites formais e materiais impostos.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Para SARLET essa constitui a mais importante função das constituições modernas, relembrando o autor o art. 16 da Declaração francesa de 1789, segundo o qual um estado que não reconheça os direitos fundamentais não tem uma constituição. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1438/1440.

<sup>25</sup> No modelo brasileiro, por exemplo, a suspensão ou a cassação de direitos políticos, ou mesmo a perda de nacionalidade, são restrições ou mesmo supressões de direitos fundamentais com previsão assentada na própria constituição.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1441.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 91.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91. Tomada a advertência de GOLDSMICHDT de que a estrutura do processo penal é um termômetro dos elementos corporativos ou autoritários incorporados à Constituição de um Estado, é de se pensar se, de fato, a identidade política extraível da estrutura de processo penal brasileira é assimilável àquela capaz de emergir da Constituição Federal. Parece possível reconhecer que existe aí sim um conflito severo entre inúmeras características próprias do sistema processual penal ordinário e do sistema processual penal constitucional. As descoincidências, entretanto, resultam de um frágil e letárgico movimento de filtragem constitucional das sequelas autoritárias e de questionável constitucionalidade apostas ainda na legislação ordinária. GOLDSMICHDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. II, 1961, p. 110.



Como bem advertiu CANOTILHO, as inúmeras funções hoje elencadas para uma Constituição são também resultado dos recortes teóricos feitos pelos autores e podem sofrer variações desde que provenham de uma concepção empírica (caráter puramente descritivo) ou normativa.<sup>29</sup>

A concepção a que aderimos neste trabalho avança para além de uma mera descrição de como se organiza o poder e insere-se numa visão que funda, legitima e vincula o poder a partir dos direitos fundamentais, mas uma concepção normativa tem necessariamente um custo porque exige do cidadão em geral, e dos detentores de posições privilegiadas de poder, em especial, um sacrifício dos interesses próprios em nome da normatividade e da estabilidade da Constituição.

Do ponto de vista normativo, parece certo que a vitalidade da Constituição também recolhe energia realizadora naquilo que HESSE chama de vontade de constituição, ou seja, torna-se tributária de um comportamento social e, sobretudo, institucional, capaz de comprometer-se com o cumprimento dos ditames constitucionais, a partir de uma obediência responsável e de aparente caráter ético,<sup>30</sup> em que, envolvidos pelo sentimento de devoção à unidade jurídico-constitucional, o respeito merecido à lei fundamental acaba por traduzir a postura dos cidadãos e especialmente a daqueles que estão em condições reais de violar os preceitos constitucionais.

Em síntese, a força normativa será tanto maior quanto a disposição de obediência aos seus postulados por aqueles que assumem condições, ainda que temporárias, de responsáveis pela ordem constitucional, transformando a dispensável vontade de poder em uma celebrada

---

<sup>29</sup> “À incomodidade de a resposta se reconduzir muitas vezes à elaboração de uma ‘lista’ de funções acresce o facto de ser incerto o conceito de constituição subjacente aos recortes funcionais avançados pelos vários autores. Não se sabe se o ponto de partida continua a ser basicamente descritivo, dando centralidade à *função empírica* ou *capacidade prestacional* de todo e qualquer esquema organizatório de uma comunidade, ou se o que está em causa é a *função normativa* de uma constituição associada quer ao fundamento político de uma ordem de domínio, quer à juridicização e limitação dessa mesma ordem”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição do Brasil de 1988 – Instrumento de proteção das diferenças entre o direito e política. IN: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo. **Assembleia Nacional Constituinte**. Análise crítica. São Paulo: Saraiva, 2017 (Série IDP: constitucionalismo brasileiro), p. 18.

<sup>30</sup> Para COELHO, a novidade trazida por Hesse reside justamente na abordagem axiológica sobre a necessidade de que o respeito à Constituição seja resultado da convicção dos cidadãos e tanto mais daqueles que estejam em condições de violar os preceitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Nesse contexto, a dimensão do caráter normativo da constituição, de sua pretensão de eficácia e de sua realização efetiva resultam da maior ou menor amplitude desse comportamento devocional que, em essência, simboliza a transformação do que antes era uma questão de força (fatores reais de poder) em uma questão de fé, ou seja, a crença na Constituição. COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 107/109.

vontade de constituição. “É preciso, portanto, que haja fidelidade à Constituição, como condição indispensável à sua eficácia e à sua realização”.<sup>31</sup>

Nesse ambiente constitucional brasileiro, a previsão expressa do direito ao estado de inocência, tal como estatuído no art. 5º, LVII, da CF/88 traz importantes repercussões legais e práticas em razão desse direito fundamental.

Desde já, para fins terminológicos, pretende-se privilegiar também o uso da expressão direito humano fundamental como representação dos direitos positivados (expressamente) no Texto Constitucional ou dele decorrentes (implicitamente),<sup>32</sup> assim como em Declarações, Convenções ou Tratados de Direitos Humanos, como forma de reconhecimento de uma melhor e mais abrangente definição.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. In: CLÈVE, Clêmeron Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 98.

<sup>32</sup> A nota da fundamentalidade de um direito, a rigor, exsurge de uma confluência de um aspecto tanto formal, quanto material, de modo que a previsão expressa (ou mesmo implícita) no texto constitucional tem o êxito de positivar esse direito, aliando a isso a supremacia normativa própria da norma constitucional e, por consequência, a necessária aplicabilidade imediata. De outro lado, a fundamentalidade material retira sua validade de um necessário nexos entre o direito como um bem jurídico relevante e o quadro normativo-axiológico desenhado pelas opções fundamentais constituintes. Nas palavras de SARLET, possível definir “direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 322/323. Em sentido similar, CANOTILHO afirma que a fundamentalidade formal dos direitos projeta-se em quatro dimensões: primeiro, a posição hierarquicamente superior dessas normas; segundo, a sujeição a processos agravados de revisão; terceiro, a possibilidade de funcionarem como limites ao poder revisional e, por fim, servindo como parâmetro de controle de constitucionalidade das decisões legislativas, administrativas e jurisdicionais. No plano material, a fundamentalidade “insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”. Para o autor português, é justamente essa dimensão material que proporciona a abertura da constituição a direitos não expressamente nela consagrados, embora materialmente constitucionais, além de possibilitar a aplicação do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais a esses direitos só materialmente constitucionais e a abertura a novos direitos fundamentais, configurando o que o autor chama de “norma com *fattispecie* aberta”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379/380.

<sup>33</sup> Acerca de uma distinção fundada em caracteres históricos, SARLET define os direitos fundamentais como aqueles próprios do reconhecimento e desenvolvimento nas constituições de cada Estado, estando, por isso mesmo, demarcados temporal e espacialmente, enquanto a expressão “direitos humanos” deve ser reservada aos direitos consagrados em diplomas internacionais não necessariamente reproduzidos no ordenamento jurídico interno de cada Estado. Nesse sentido, são acepções diversas que se distinguem na forma de positivação, no âmbito formal, ainda que sejam com frequência materialmente coincidentes. Por sua vez, a expressão direitos do homem guarda uma conotação histórica inerente ao direito natural”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 33/42. Embora apresentando as mesmas definições, RAMOS faz algumas objeções à manutenção dessa classificação. O autor assinala que as expressões não têm sido uniformemente utilizadas nem na matriz internacional, nem na matriz interna de cada Estado. E acrescenta a isso algumas características do tratamento moderno do tema que vão paulatinamente atenuando a distinção e abrindo espaço para designações mais amplas, como “direitos humanos fundamentais” ou “direitos fundamentais humanos”. Primeiro, o autor adverte que uma clássica diferenciação aduzia que os direitos humanos não seriam sempre exigíveis internamente, mas os modelos atuais de proteção dos direitos

Soma-se a isso o fato de que as expressões direito e garantia fundamental, a despeito de opiniões divergentes,<sup>34</sup> serão aqui utilizadas de maneira indistinta, já que, em essência, e sobretudo em se tratando da tutela da inocência e, por consequência, da liberdade, são formas de expressão e funcionalidades dos direitos fundamentais subjetivos de mesma hierarquia constitucional, uma vez que as garantias em suas características assecuratória e de proteção

---

humanos, tanto europeu quanto interamericano, preveem a possibilidade de exigibilidade dos direitos aí consagrados. Essa união de termos mencionada por RAMOS parece coadunar-se, segundo o autor, com a gradativa perda de importância da distinção, "ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos". Outro ponto de aproximação está justamente na sujeição do Estado brasileiro à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que "a efetividade dos direitos humanos é assegurada graças a uma sentença internacional irrecorrível, que deve ser implementada pelo Estado brasileiro (artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos)", ou seja, os direitos humanos também são protegidos no âmbito judicial internacional. Por fim, a consagração simultânea de direitos no plano interno e internacional permite que uma interpretação doméstica de uma norma seja confrontada e eventualmente corrigida pela Corte Internacional, como no exemplo do caso da Guerrilha do Araguaia. Em resumo, "Abre-se a porta para a uniformização de interpretação, erodindo o sentido de termos separando rigidamente o mundo internacional dos "direitos humanos" e mundo constitucional dos "direitos fundamentais". RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 52/54.

<sup>34</sup> Para BONAVIDES, por exemplo, a confusão é imperdoável. O autor é enfático ao exigir uma distinção conceitual entre as duas concepções. Recorrendo a outros escritores, comunga da ideia de que enquanto o direito é a declaração de uma posição jurídica, de um bem jurídico de titularidade de um indivíduo, a garantia é o mecanismo à disposição para assegurar a fruição desse bem. Para o autor, as garantias têm, na verdade, uma inspiração genuinamente liberal e nascem conjugadas com a ideia de assegurar os direitos do indivíduo e da liberdade, tornando-se um escudo contra o Estado e contra o abuso de poder e aí ainda confinadas a uma compreensão de garantias individuais. As garantias podem ser em favor da própria constituição (acepção lata), como em favor dos direitos subjetivos expressos na Constituição. No primeiro caso, são garantias que visam assegurar a estabilidade da Constituição e do ordenamento constitucional que nela se assenta, de que é exemplo, a reforma da Constituição. No segundo caso, trata-se de assegurar uma proteção efetiva em favor de um direito subjetivo ameaçado ou violado, ou seja, de remédios jurisdicionais próprios e eficazes providos pela própria ordem constitucional. Ademais, BONAVIDES descreve como qualificadas ou de primeiro grau aquelas garantias que inscrevem determinados direitos com a cláusula da inalterabilidade, subtraindo o poder de disposição seja do legislador ordinário, seja do legislador constituinte, não havendo de se reduzir, nem minimamente que seja, o conteúdo do direito encartado no texto constitucional, posto que esse substrato normativo é responsável por conferir a ordem constitucional uma essência e uma razão de ser. Já as garantias simples, ou de segundo grau, embora encerrem também elas uma segurança contra a violação ou restrição indevidas de um direito, acabam por tolher mais decididamente a atuação do legislador ordinário, não prevalecendo contra o poder constituinte constituído, muito embora este esteja adstrito aos limites constitucionais originários estabelecidos. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 530/532, 549/550.

também configuram um típico direito subjetivo, sendo admissível, inclusive, nomeá-las como direitos-garantia ou princípios-garantia.<sup>3536</sup>

A propósito, aplicada ao caso em análise a complexidade da questão, fica por se definir se a presunção ou o estado de inocência seria simplesmente uma garantia estabelecida em favor da proteção da liberdade (esta sim, sendo o direito), ou se é também um direito subjetivo de ser tratado como alguém que não é culpado formalmente de nenhuma infração penal nas inúmeras variáveis que vão para além da exclusiva liberdade física.

As consequências de uma ou outra perspectiva são aparentemente visíveis quando nos colocamos diante de uma seguinte questão, por exemplo: o estado de inocência pode ser invocado para sindicatar uma indevida privação da liberdade ou pode também ser fundamento jurídico de irresignação diante de um tratamento inadequado por parte de agentes públicos ou mesmo da mídia, como a divulgação de juízos antecipados? Ou seja, a proteção é em favor da liberdade ou da condição de inocente? Ou de ambas? Questão que, aliás, parece redobrar a dificuldade de solução se admitirmos que de uma única previsão constitucional podem-se extrair tanto uma garantia, quanto um direito fundamental, ainda que guardem suas distinções conceituais.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> “A própria distinção entre direitos e garantias, por sua vez, não pode mascarar a circunstância de que, em termos gerais, as garantias, embora evidentemente tenham uma função de natureza assecuratória, e nesta perspectiva, instrumental, atuam também como direitos (tanto na dimensão subjetiva quanto na dimensão objetiva), pois investem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor. É por esta razão que muitos preferem utilizar – opção aqui considerada correta – as expressões direitos-garantia ou princípios-garantia”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 354. No mesmo sentido: “No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268; CANOTILHO, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1167.

<sup>36</sup> Embora reconheça que “as garantias fundamentais constituem-se também em direitos, mas que são voltados a assegurar a fruição dos bens jurídicos”, RAMOS propõe uma classificação específica das garantias fundamentais: as gerais ou genéricas, que acompanham a redação dos direitos como formas encontradas para impedir sua violação, como são, por exemplo, a proibição de censura, que assegura a liberdade de expressão (direito); as garantias específicas são remédios ou de modo geral instrumentos dispostos em favor dos indivíduos e aptas a assegurar a fruição de um direito, como, por exemplo, o *habeas corpus*, destinado à garantia da liberdade; as garantias institucionais, públicas ou privadas, são estruturas voltadas a proporcionar a plena efetividade dos direitos humanos, como, por exemplo, o Ministério Público, a Defensoria, ou a liberdade de imprensa. Por fim, as garantias-limite encerram um obstáculo à atuação do poder estatal, de modo a assegurar o livre exercício de um direito a partir de uma necessária abstenção por parte do Estado. Exemplo do autor é a proibição de tratamento desumano ou degradante ou de não sofrer nenhum embaraço à atividade profissional, senão por meio de lei”. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 601.

<sup>37</sup> Essa é, efetivamente, a posição de Rui Barbosa que, segundo BONAVIDES, foi um dos principais e pioneiro teórico do tema no Brasil. Enquanto os direitos tem uma característica declaratória, a garantia, em sua função

E nem é menos importante considerar que o estado de inocência, com um ou com outro rótulo que se lhe atribua, integra hoje o rol de direitos e garantias fundamentais imunizado de quaisquer tendências supressoras, como expressamente consta no art. 60, § 4º, IV, CF/88, de modo que assim postas as coisas, a conclusão parece sinalizar que a distinção “na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais”.<sup>38</sup>

E é a partir dessa unidade de tratamento que se mostra igualmente relevante assinalar algumas características que enformam os direitos fundamentais no constitucionalismo atual e, e em particular, o direito-garantia fundamental à presunção de inocência.

Como decorrência da força normativa da Constituição e da autonomia do Direito,<sup>39</sup> características próprias e fortalecidas após a Segunda Guerra Mundial e que encontram no Brasil farta literatura, extrai-se da fixação constitucional do princípio da presunção de inocência na CF/88 consequências relevantes com desdobramentos amplos e multifacetados próprios da dupla perspectiva dos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

De uma perspectiva objetiva, podem-se reconhecer pelo menos quatro importantes efeitos de caráter axiológico, conforme lição de SARLET. O primeiro deles refere-se a uma função autônoma exercida em relação ao direito subjetivo, configurando nesse sentido o que

---

assecuratória, impõe um limite ao poder do Estado, e ambos podem sim estar na mesma disposição constitucional, até porque, como dizia Rui, a Constituição (de 1891, no caso) não adotou nenhum rigor técnico para diferenciá-los. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 530. Com efeito, ainda que a advertência de Rui seja em relação à CF/1891, não parece que o constituinte de 88 tenha aderido a algum rigor científico no tratamento do caso.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268.

<sup>39</sup> Autonomia do Direito é um princípio regente da própria manutenção do Estado Democrático de Direito, potencializado após a 2ª Guerra Mundial, que se projeta por sobre outros vetores interpretativos ou princípios (p. ex., correção funcional, máxima efetividade, rigidez constitucional e força normativa), com o propósito de garantir um grau de autonomia do direito frente a indevidas intervenções por outros campos das relações sociais (política, moral, economia) que lhe fragilizem ou até anulem sua aplicação. O objetivo de garantir autonomia ao direito do segundo pós-guerra é estabelecer um mecanismo que preserve o ordenamento jurídico produzido democraticamente. Assim, a Constituição aplicada introduz uma blindagem tanto em relação às maiorias políticas de ocasião, quanto relativa aos órgãos judiciais incumbidos precipuamente de sua interpretação. “A Constituição é, assim, a manifestação deste (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo este ser entendido na sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a ‘porta de entrada’ dos discursos adjudicadores com *pretensões corretivas do direito*, trazendo consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a retomada da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina de *cooriginariedade*). STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 79.

<sup>40</sup> O que a rigor é próprio da constitucionalização dos direitos fundamentais, atribuindo a eles um caráter normativo e vinculante aos poderes constituídos, de forma que se revela aí uma característica de evidente relevo. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 245.

parcela da doutrina constitucional chama de mais-valia jurídica, que reveste a norma fundamental de um caráter transcendental e com múltiplas funções, não se limitando à orientação fixada pela perspectiva subjetiva de um direito.<sup>41</sup>

No segundo aspecto tem o potencial de representar uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, a revelar um compromisso de toda a sociedade com o respeito aos direitos individuais que não se exaurem nem se limitam no exercício solitário de um único titular, mas constituem, ao contrário, uma marca indelével dos valores e fins que conformam uma constelação normativa e axiológica que orienta as práticas sociais e estatais e envolve todo direito individual numa atmosfera de transindividualidade.

Por isso, aliás, é que a doutrina constitucional tem afirmado que os direitos individuais estão sujeitos a restrições dentro de necessidades comunitárias, o que, em todo caso, não permite que a restrição atinja de tal modo o núcleo dos direitos fundamentais a ponto de eliminá-los ou desconfigurá-los.<sup>42</sup> Significa dizer, com SARLET, que o direito individual não pode ser simplesmente funcionalizado em benefício de um supremo e apriorístico interesse público.<sup>43</sup>

Em terceiro lugar, a perspectiva objetiva sinaliza para uma eficácia dirigente aos órgãos estatais, atribuindo deveres de concretização e de vigilância sobre os direitos fundamentais.<sup>44</sup>

Quarto lugar, a funcionalização do direito fundamental como parâmetro de constitucionalidade para controle de leis e demais atos normativos.<sup>45</sup>

Já no âmbito normativo, a perspectiva objetiva oferece outras contribuições imprescindíveis.

Primeiro, uma eficácia irradiante sobre toda a legislação vigente, inclusive no plano das relações horizontais (entre privados), servindo como diretriz e impulso para aplicação e interpretação do arcabouço jurídico de modo a concretizar e respeitar os direitos fundamentais.

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 169.

<sup>42</sup> Surge aqui o candente debate sobre o conteúdo mínimo e essencial de um direito fundamental. Em síntese, qual é o limite de intervenção ou de restrição de um dado direito? A teoria do conteúdo essencial tem uma dupla perspectiva, segundo RAMOS. Enquanto alguns, da teoria absoluta, entendem impossível a restrição, outros, da teoria relativa, defendem que seja possível a restrição, desde que a medida não afete esse núcleo irreduzível do direito. Segundo o autor, o STF já adotou em alguns casos o que ele chama de garantia dupla, um primeiro teste quanto à proporcionalidade da medida restritiva e um segundo para saber se a medida não afeta o núcleo essencial do direito. Menciona os votos do Min. Celso de Mello (voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004; repetido em outros votos do Ministro) e de Gilmar Mendes “(voto do Min. Celso de Mello no HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004; repetido em outros votos do Ministro)”. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 146.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 171/172.

<sup>44</sup> Ibid, p. 172.

<sup>45</sup> Ibid, p. 173.

Em segundo lugar, o estabelecimento de garantias institucionais<sup>46</sup> voltadas à proteção de determinados institutos ou instituições que, muito embora assumam a condição de proteção de direitos reconduzíveis à dignidade humana, não são passíveis de subjetivação, o que, a rigor, também não se confunde com os chamados direitos-garantia.<sup>47</sup>

Terceiro aspecto e notável construção da doutrina constitucional é a afirmação dos direitos fundamentais como deveres objetivos de proteção, impondo ao Estado orientações e limites mínimos de cuidado para realização, concretização e proteção dessas posições jurídicas complexas dos indivíduos, seja nas relações com os órgãos estatais, seja nas relações privadas.<sup>48</sup>

Em sua perspectiva jurídico-subjetiva, atribui-se a possibilidade de que o titular do direito fundamental subjetivo<sup>49</sup> faça valer judicialmente “os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”.<sup>50</sup>

Uma vez fixado como direito fundamental no art. 5º da CF/88, o princípio do estado de inocência impõe uma série de desdobramentos normativos e axiológicos<sup>51</sup> de elevada dignidade

---

<sup>46</sup> Fundamental para uma adequada compreensão do que são, hoje, as garantias constitucionais é ter em conta as transformações por que passou o próprio constitucionalismo no século XX, sendo notável a contribuição de Carl Schmitt, segundo BONAVIDES, para o desenvolvimento teórico das chamadas garantias institucionais, que vem a reboque de uma nova dimensão da relação estado/sociedade no início do século. Segundo BONAVIDES, trata-se aí de uma nova concepção de garantia que já não se compatibiliza com a perspectiva eminentemente liberal do século XIX, assentada no individualismo, mas que, pelo contrário, avança sobretudo em razão de um deslocamento do centro da dinâmica jurídica do indivíduo para a sociedade e que resulta das aspirações sociais que marcam o início da consolidação do Estado social. Por consequência, as próprias constituições, de que é exemplo marcante a Constituição de Weimar, passam por substantivas transformações que se revelam no conteúdo ampliado de suas disposições e na previsão alargada de instrumentos jurisdicionais postos à disposição para proteção dos direitos. As garantias institucionais, nesse sentido, são mecanismos de proteção de instituições previstas pelas constituições e cuja relevância ultrapassa o mero interesse individual para incorporar um interesse social de toda a coletividade. Nas palavras de BONAVIDES, “a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”. Diante dessa destacada relevância atribuída às garantias institucionais, o autor admite a reformulação do conceito de garantias constitucionais, inicialmente inspiradas em interesses individuais, para acolher uma concepção mais elástica também com essa novidade do século XX. Em suas palavras: “A garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 536/537.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 174.

<sup>48</sup> Ibid, p. 175.

<sup>49</sup> A noção de direito subjetivo apresentada por SARLET implica uma possibilidade de impor judicialmente o seu direito perante o destinatário da norma. Entretanto, uma compreensão assim apresentada também vem acompanhada de um grau de exigibilidade variado de cada direito, de acordo com a normatividade que lhe é atribuída. Ibid, p. 178/180.

<sup>50</sup> Ibid, p. 180.

<sup>51</sup> No Brasil, por exemplo: “Do processo de constitucionalização da presunção de inocência temos que extrair algumas consequências jurídicas inafastáveis, todas atreladas ao que podemos denominar (super) garantias dos direitos e garantias fundamentais. Essas (super) garantias são “não jurisdicionais” ou “jurisdicionais”. Dentre

a iluminar, segundo uma compreensão inicial, o estudo sobre o estatuto<sup>52</sup> jurídico mínimo do inocente.<sup>53</sup><sup>54</sup>

Primeiro, a constitucionalização impõe o reconhecimento de que um direito ou garantia fundamental assume vigência numa ordem jurídica concreta, espacial e temporalmente definida na medida em que consagrada em cada Estado, e assim o é com o estado de inocência que, nessa conjuntura, reveste-se de uma estatura hierárquica constitucional com as consequências daí advindas, dentre as quais, de indiscutível importância, a forma e a efetividade de proteção,<sup>55</sup> por meio do “controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos

---

as primeiras destacam-se: (a) a aplicação imediata do preceito, tal como previsto no art. 5.º, § 1.º, da CF (LGL\1988\3); (b) a vinculação de todos (poderes públicos e particulares), que lhe devem estrita obediência. No que concerne às garantias jurisdicionais cabe assinalar: (a) o acesso à jurisdição (sempre que algum direito fundamental não é observado, conta o vitimizado com o direito líquido e certo de buscar a tutela judicial desse direito); (b) o controle de constitucionalidade das leis que exige o reconhecimento da primazia das normas constitucionais (a presunção maior do ordenamento jurídico-penal, que é a da inocência, não pode ser restringida ou eliminada por presunções "legais" - menores – em sentido contrário)”. GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (org). **Doutrinas Essenciais**. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

<sup>52</sup> Tendemos a distinguir, propositalmente, o que se entende por estado, presunção ou princípio de inocência, a ser desenvolvido de maneira mais consistente neste trabalho, enquanto direito-garantia fundamental de expressão endo e extraprocessual, e o estatuto da inocência que, nesse contexto, para além das extrações normativas do art. 5º, LVII, CF/88, deve conectar-se necessariamente com outros direitos-garantias fundamentais sem os quais, de pouca ou de nenhuma valia será o estado de inocência, a saber, princípios fundamentais como o *nemo tenetur se detegere*, o princípio acusatório, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, a jurisdicionalidade e a imparcialidade judicial (esta como expressão de uma expectativa legítima de um julgamento previsível, mas incerto).

<sup>53</sup> Na Espanha, por exemplo, PARDO propõe um elenco de importantes transformações havidas em decorrência da positivação do princípio da presunção de inocência: 1) o caráter normativo da Constituição configura a presunção de inocência como direito fundamental de aplicação imediata; 2) o direito à presunção de inocência deve ser interpretado de acordo com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado; 3) como direito fundamental, deve ser protegida por todos os juízes e tribunais e admite tutela por meio do recurso de amparo; 4) o conteúdo da presunção de inocência não é disponível pelo legislador que, no entanto, deve desenvolvê-lo e respeitá-lo; 5) a presunção de inocência é um elemento essencial de interpretação de todo o ordenamento jurídico espanhol. PARDO, Miguel Angel Montañés. **La Presunción de Inocencia**. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 35.

<sup>54</sup> Em Portugal, segundo VILELA, a presunção de inocência teve menção inédita na CRP/76, mas ainda que a ausência de uma positivação do princípio pudesse ser superada pela natureza de princípio geral do direito internacional, internalizado pela recepção de textos internacionais que a consagram, a constitucionalização implicou em importantes reflexos: a inserção como direito fundamental, de modo que passara a reger-se também pelas regras dos arts. 17 e 18 da CRP/76; a especial condição da presunção de inocência exige a mínima restrição possível, sendo exigível dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e o reconhecimento dos meios adequados para tal proteção; trata-se de um direito fundamental com aplicação imediata, que dispensa a atuação do legislador para concretização, ostentando, portanto, natureza de garantia constitucional substantiva e não mera norma programática. VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 23/24.

<sup>55</sup> MENDES, COELHO, BRANCO assinalam a importância da constitucionalização como concretude dos direitos fundamentais em cada ordem jurídica, distinguindo-os dos direitos humanos (plano internacional), sem descuidar o fato de que essas duas noções evidentemente se interconectam, ainda que gozem de métodos de proteção distintos e os internos sejam aparentemente mais eficazes e céleres. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244/245.



reguladores desses direitos”, razão pela qual os direitos fundamentais devem ser compreendidos como normas jurídicas vinculativas e não “trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos”.<sup>56</sup>

O estado de inocência, portanto, como direito-garantia fundamental positivado na Constituição vige juridicamente e ostenta hierarquia normativa sobre toda a legislação ordinária e especialmente sobre o Direito Penal e Processual Penal, vinculando os poderes públicos constituídos<sup>57</sup> e os próprios particulares, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.<sup>58</sup>

Se o exercício do poder, de modo geral, está vinculado e limitado pelo estado de inocência, caberá a qualquer dos poderes respeitar estes limites e, em particular, ao judiciário, tanto no exercício do controle difuso quanto concentrado de constitucionalidade, afastar ou invalidar normas legislativas e ações executivas ou mesmo judiciais inquinadas de vícios.

Assim entendida a questão, são passíveis de sindicabilidade, sob a ótica do direito-garantia fundamental em análise, tanto as leis quanto, e sobretudo, as práticas processuais e de investigação, acusação, julgamento e execução que com ele conflitarem, sobrelevando a importância dos instrumentos constitucionais à disposição do indivíduo, sejam de ordem recursiva e com destaque para o Recurso Extraordinário, sejam ações autônomas (*habeas corpus*), merecendo destaque até mesmo a possibilidade de análise da legislação ordinária sob o ponto de vista do controle concentrado.

Segundo, o caráter de direito fundamental do estado de inocência exige aplicabilidade imediata, como expressamente prevê o art. 5º, § 1º, da CF/88, decorrendo daí a importante

---

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

<sup>57</sup> Sobre a vinculação de todos os poderes públicos, legislativo, executivo e judiciário, dentre outros, v. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 245 e ss.

<sup>58</sup> De modo geral, ensina SARLET, no Brasil não se tem posto em causa de forma mais incisiva a possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas tornou-se objeto de alguma controvérsia a forma como isso ocorre e os efeitos decorrentes da vinculação. Nesse plano, uma posição teórica defende a vinculação imediata dos particulares; outra advoga a tese da vinculação mediata, restando pelo menos uma intermediária entre ambas. O autor, na linha de Vieira de Andrade admite, de fato, a existência de desigualdades sociais cotidianas que podem sim estabelecer dessintonias entre posições jurídicas e que não se pode tolerar a agressão ou a violação dos direitos fundamentais em nome de uma liberdade individual. A autonomia privada, nesse contexto, deve ser equilibrada com a dignidade da pessoa humana e mesmo com outros direitos fundamentais que, num caso concreto, venham a se mostrar colidentes. E esse parece o sentido que se vem extraindo de algumas decisões do STF, dentre as quais o autor cita o julgamento do RE 201.819/RJ, em 11-10-2005, relator para o acórdão, Min. Gilmar Mendes. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 377/381.

consequência de que o seu reconhecimento ou garantia não está à disposição nem depende do legislador ordinário.<sup>59</sup>

Em terceiro lugar, a conexão do estado de inocência positivado na CF/88 com a garantia estabelecida no plano internacional é também resultado da cláusula de abertura insculpida no art. 5º, § 2º e § 3º, da CF/88.

Trata-se aí de uma tradição do constitucionalismo brasileiro desde a CF/1891<sup>60</sup> que se abre para a possibilidade de acolhimento de novos direitos como materialmente constitucionais<sup>61</sup> em razão, sobretudo, de sua fundamentalidade material em perspectiva com o quadro axiológico-constitucional resultante das opções constituintes.

Sem a pretensão de aprofundar o tema aqui por não ser objeto central do trabalho, cabe apenas referir que essa abertura projeta-se na internalização de normas internacionais a que o Brasil aderiu, sendo digno de nota o fato de que a expressão “tratados internacionais” prevista no art. 5º, § 2º, CF/88 pode e deve ser interpretada de forma mais abrangente, a fim de conglobar também convenções e pactos, ou seja, instrumentos internacionais diversos, sob pena de, não o fazendo, o intérprete acabar esvaziando o conteúdo da cláusula de abertura prevista.<sup>62</sup>

A fórmula dialogal propõe pensar o direito interno e internacional nas incidências recíprocas e que reforçam o plano normativo doméstico, assim como na ampliação do catálogo de direitos fundamentais ao mesmo tempo em que exige cuidado redobrado nas dissidências que, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, eventualmente podem surpreender o

---

<sup>59</sup> O preceito em análise demove, em regra, a interposição legislativa como condição inafastável do reconhecimento da posição jurídica subjetiva de um direito. Entretanto, a norma também não pretende impedir, em absoluto, a possibilidade de restrições e limitações a direitos fundamentais consagrados. Direcionada aos órgãos públicos, e principalmente ao Judiciário, traduz uma necessária tutela dos direitos, cabendo a este último, no limite, exercer o poder de revisão dos atos violadores da Constituição oriundos dos demais poderes. **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 515. Analisando o art. 18 da Constituição Portuguesa, CANOTILHO chancela a noção de aplicação direta e imediata dos direitos, liberdades e garantias que, segundo o autor, justamente por consagrarem uma pretensão jurídica individual, oponíveis a terceiros, revestem-se das características de determinabilidade constitucional, de aplicação direta e imediata e pela exequibilidade autônoma por dispensar qualquer interposição legislativa, o que, em todo caso, nem sempre dispensará algum nível de necessária intervenção legislativa. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378, 401 e 438. Em se tratando de um direito-garantia fundamental que, à primeira vista, não exige maiores regulamentações ordinárias, a aplicação imediata, principalmente por parte do Poder Judiciário, seria suficiente para corrigir possíveis distorções na concretização dessa norma, em especial no âmbito penal e processual.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 324.

<sup>61</sup> O tema é proposto por SARLET a partir de uma majoritária posição doutrinária que distingue direitos formal e materialmente fundamentais de direitos apenas materialmente fundamentais por não estarem sediados na constituição. *Ibid.*, p. 325.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 337/338.

intérprete diante de casos específicos em que a norma internacional seja mais restritiva do que a interna.<sup>63</sup>

Mas a abertura<sup>64</sup> mencionada permite também que o chamado bloco de constitucionalidade<sup>65</sup> seja composto não só por normas expressas na Constituição ou em tratados internacionais, mas também pelos chamados direitos fundamentais implícitos, assim entendidos aqueles que sejam deduzidos do quadro dos direitos fundamentais vigentes e com eles compatíveis, ou mesmo direitos fundamentais cujo campo de incidência seja ampliado em razão de atuação jurisprudencial a partir de direito já positivado.<sup>66</sup>

## 2.2 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ATRIBUÍVEL AO INCISO LVII DA CF/88.

A previsão expressa do estado de inocência numa Constituição Federal, no Brasil, é uma novidade do Texto de 1988, conclusão majoritária da doutrina, o que, em todo caso, não significa admitir que até o advento da CF/88 não se abordasse a temática no ordenamento jurídico brasileiro, seja com a tentativa de extrair algum conteúdo de outras normas constitucionais ou processuais, seja com a pretensão de alçá-lo à condição de direito fundamental acionado a partir da adesão pelo Brasil a Declarações de Direitos internacionais que o previam.

---

<sup>63</sup> Parece elementar, a propósito, que dentre as normas de interpretação previstas no art. 29 da CADH possa se extrair a conclusão de que as normas internacionais consagradoras de direitos ali previstas não pretendem ser mais restritivas do que as eventualmente consagradas, em âmbito de incidência mais elástico, no plano interno dos ordenamentos jurídicos de cada Estado. Entretanto, não se deve desconsiderar as dificuldades oriundas do tema, já que mesmo um princípio de prevalência da norma mais favorável está sob contestação, segundo RAMOS, justamente porque a força expansiva dos direitos humanos pode implicar numa colisão de direitos entre indivíduos, sendo que a norma mais favorável a um cause a desproteção de outro. RAMOS, Carvalho, André. **Teoria dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 344.

<sup>64</sup> No mesmo sentido, RAMOS, que nomina a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, de *princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais*, também denominado de abertura da Constituição e que, de modo geral, significa que os direitos previstos na Constituição “não excluem outros decorrentes do (i) regime, (ii) princípios da Constituição e em (iii) tratados celebrados pelo Brasil”. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 495.

<sup>65</sup> O tema, como sabido, é objeto de aceras polêmicas em torno do que compõe o chamado bloco de constitucionalidade. RAMOS, por exemplo, defende a concepção de um bloco amplo formado por todos os tratados de direitos humanos que adquirem, em razão do art. 5º, § 2º, da CF/88, estatura constitucional. Por sua vez, ele próprio admite que outra corrente defende o bloco de constitucionalidade restrito, formado pelos tratados de direitos humanos que tenham sido aprovados por *quórum* qualificado de emenda constitucional, como preceitua o art. 5º, § 3º, da CF/88, posição atualmente acolhida pelo STF. Em todo caso, a importância do bloco de constitucionalidade reside justamente na ampliação do quadro normativo apto a servir como parâmetro de controle de constitucionalidade da atuação estatal. *Ibid*, p. 328/330.

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 330.

Entretanto, o marco normativo agora em exame teve o êxito de anunciar pretensões inéditas de abordagem do tema a partir da colocação do direito-garantia fundamental em nível hierárquico superior, considerado o contexto político e social de onde surge a escolha pela positivação constituinte.

A exposição que segue busca apresentar importantes contribuições teóricas sobre o tema e principalmente salientar aquelas que se mostram, na nossa perspectiva, compatíveis com a CF/88 e com os princípios nela incorporados.

Como adverte VEGAS TORRES, os diversos significados que se tem atribuído ao princípio da presunção de inocência historicamente têm origem distinta, nascem em locais, momentos e em culturas jurídicas diferentes, além de dar respostas a preocupações diversas, mas têm em comum uma relação com o processo penal e a justificada exigência de justiça de proteger inocentes de condenações indevidas,<sup>67</sup> ao que acrescentamos: não só de condenações, mas de procedimentos (investigações e processos) e de medidas abusivas.

De forma preliminar, é proposta uma abordagem do que consideramos ideias-força da presunção de inocência para, em seguida, ingressarmos em pontos que se conectam diretamente com o inciso LVII do art. 5º da CF/88. Num primeiro plano, com o desdobramento do caráter jurídico-político e, num segundo momento, com sua projeção como exigência constitucional e convencional de tratamento em âmbito interno/processual/endógeno e externo/extraprocessual/exógeno, seguindo com uma exposição de alguns dos mais importantes julgamentos do STF sobre o assunto e finalizando com a referência ao marco temporal e com as diretrizes teóricas captadas quanto ao tema.<sup>68</sup>

### 2.2.1 A presunção de inocência como uma ideia-força. Aportes preliminares

Neste tópico, a finalidade é introduzir o tema da presunção de inocência a partir de algumas referências contextuais normalmente admitidas como importantes marcos teóricos, jurídicos e políticos. A abordagem não tem uma pretensão historiográfica, buscando apenas ocupar-se de pontos centrais do tema e das ideias-força<sup>69</sup> a ele subjacentes em períodos

---

<sup>67</sup> TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 39.

<sup>68</sup> V. Cap. II, itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.3.1, 2.2.3.2, 2.2.4, 2.2.5, respectivamente.

<sup>69</sup> Trata-se de se considerar ideias que atingiram magnitude a tal ponto de se difundir e servir de estímulo, inclusive inconsciente, a mobilizações diversas em determinados contextos locais e temporais. A propósito, “Todas as ideias surgem num ambiente particular e são a inspiração de um momento histórico, do modo como um indivíduo ou um grupo enfrenta um conjunto único de problemas. É, de facto, em grande parte devido a esse ambiente, ou momento histórico, que a ideia foi concebida. Assim, se queremos compreender perfeitamente a ideia, apanhar a sua lógica, temos de a ver, primeiro, no seu estado original, na altura em que nasceu e

marcadamente importantes para a consolidação dos debates em torno da garantia em estudo. Para tanto, são considerados pelo menos os contextos que envolvem a DDHC/1789, os debates entre as escolas penais italianas Clássica, Positiva e Técnico-jurídica, a constitucionalização da garantia na *Costituzione* Italiana e a internacionalização por meio da DUDH/1948 e dos tratados subsequentes.<sup>70</sup>

Advirta-se desde já que o conhecido princípio do *in dubio pro reo* e o da presunção (ou estado) de inocência não se confundem. O primeiro manifesta-se desde o direito romano, por influência do cristianismo, e o segundo, embora fosse uma regra tradicional do modelo inglês,<sup>71</sup> tem uma forte inspiração nos movimentos liberais do século XVIII e preside a reforma do sistema repressivo na França.<sup>72</sup>

De maneira geral, a doutrina processual majoritária tem chegado a um relativo consenso de que a Revolução Francesa, e mais especificamente a DDHC, marca um ponto decisivo na previsão expressa da presunção de inocência como uma garantia em favor do indivíduo e contra a arbitrariedade estatal,<sup>73</sup> como resposta às tradições processuais e inquisitoriais do *Ancien Regime*.<sup>74</sup>

No que interessa mais especificamente ao tema sob exame vale destacar que boa parte da mobilização contra o regime processual então vigente ganhou força a partir da tradução para

---

floresceu". BAUMER, Franklin L. **O pensamento moderno europeu - séculos XIX e XX**. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1977, p. 294.

<sup>70</sup> Adotamos, em parte, a estratégia utilizada por PELUSO em sua conferência perante a Associação dos Advogados de São Paulo. PELUSO, Antonio Cezar. **Presunção de inocência**: VI Encontro AASP. Aula Magna do Min. Antonio Cezar Peluso. Revista Brasileira de Advocacia, São Paulo, v. 1, p. 231-245, abr/jun. 2016.

<sup>71</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappicheli, 2009. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020. GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>72</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9.

<sup>73</sup> Em opinião divergente, CARVALHO afirma que a primeira aparição do princípio de forma expressa teria ocorrido no art. 6º da Constituição da Virgínia, de 1776. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

<sup>74</sup> A rigor, o período é marcado por turbulentos movimentos revolucionários na Europa e por pressões de natureza intelectual, política, cultural decorrentes das novas tendências dos iluminismos florescentes. Naturalmente, na França, as pressões por reformas políticas, jurídicas, também refletem no modelo de enfrentamento do crime, na época ainda objeto de regulação pela *Ordonnance* de 1670. TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 16 e ss. Ademais, ainda que se faça referência aos processos inquisitórios na França, é notório que a inquisição não funcionou de maneira uniforme em todos os países, tendo em cada um suas peculiaridades.

o francês da obra *Dos Delitos e Das Penas* de BECCARIA,<sup>75</sup> publicação então apócrifa de 1764,<sup>76</sup> e também encontrou eco em outros textos importantes da época, como as críticas de Voltaire<sup>77</sup> às práticas de tortura normalizadas.

Diz-se que, muito embora a presunção (ou estado) de inocência tenha vindo a ser inscrita na DDHC em 1789, já antes desse evento a monarquia francesa começava a acenar para a superação do modelo processual dos tormentos e iniciava uma reforma do modelo criminal vigente. Nesse contexto, dois acontecimentos históricos, segundo VEGAS TORRES, já sinalizavam no sentido de eliminar o tormento no processo penal francês. Em 1780, uma Declaração de Luís XVI suprime o tormento para obter confissão do culpado, embora ainda continuassem em relação aos condenados à morte para que delatassem seus comparsas. Em 1788, o Rei declara a necessidade de reformar a legislação criminal e um Editto declara formalmente a abolição do tormento.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 16 e ss.

<sup>76</sup> Sobre o tópico que aqui nos parece elementar: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. O direito da força só pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado. Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou”. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Capítulo XII. Da questão da tortura. *E-book*. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=4358](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4358). Acesso 15 jun. 2020.

<sup>77</sup> VOLTAIRE tem inúmeros escritos sobre o tema da tortura, mas parece importante aqui referir uma das muitas passagens sobre o tema nos comentários tecidos ao livro de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*: “*La legge non li ha ancora condannati, eppure si infligge loro, nell’incertezza se siano o no colpevoli, un supplizio molto più atroce di quella morte cui li si consegna quando si è certi che la meritino. Come! Ignoro ancora se tu sai colpevole, e bisognerà che ti tormenti per sincerarmene; e se tu sei innocente, non giustificherò mai nei tuoi confronti le mille morti che ti ho fatto soffrire, invece di quella sola che ti preparavo! Ognuno rabbrivisce a quest’idea*”. E ainda ao comentar especificamente o procedimento criminal adotado após a *Ordenação Francesa de 1670*: “*Un uomo è accusato d’un crimine: lo rinchiudete in una spaventosa segreta; gli impedito di comunicare con chicchessia; lo caricate di catene, come l’aveste già giudicato colpevole. I testimoni che depongono contro di lui vengono ascoltati in segreto: l’accusato non può vederli che per un attimo, in occasione del confronto. Prima di ascoltare le loro deposizioni egli deve produrre le motivazioni della sua ricasazione nei loro confronti e circostanziarle dettagliatamente; deve nominare altresì tutte le persone che possano avallare tali motivazioni; dopo la lettura delle deposizioni non ha più la possibilità di ricasare. Se pur dimostra ai testimoni che essi hanno esagerato i fatti, o che ne hanno omessi, o che si sono ingannati a proposito di qualche dettaglio, il terrore del supplizio farà sì che quelli persistano nel loro spergiuro. Se delle circostanze che l’accusato avrà esposto durante il suo interrogatorio sono riportate dai testimoni in una diversa versione, ciò sarà sufficiente perché i giudici, se sono ignoranti o prevenuti, condannino un innocente. Qual è quell’uomo che non inorridisce di fronte a una simile procedura? Qual è l’uomo giusto che possa essere sicuro di non soccombere? O giudici! Volete che un innocente sotto accusa non fugga? Rendetegli più agevole la possibilità di difendersi*. BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e delle pene**. Con il commento di VOLTAIRE. Roma: Newton Compton Editori, 2011.

<sup>78</sup> TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 18.

Com a DDHC em 1789, a presunção de inocência foi expressamente consignada no art. IX,<sup>79</sup> afirmando que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se for indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.<sup>80</sup>

A Declaração assim demarcava, pelo menos no plano ideal, uma ruptura com o modelo criminal do antigo regime,<sup>81</sup> simbolizava uma conquista liberal característica dos tempos e das tendências que se difundiam pela Europa,<sup>82</sup> e no processo penal marcava uma nova configuração na qual, de forma inédita,<sup>83</sup> partia-se da pressuposição de inocência do acusado, tendo a culpa de ser provada.<sup>84</sup> A presunção de inocência, assim, assumia uma feição filosófico-política de

---

<sup>79</sup> “Nessa declaração francesa, destinada a fixar preceitos fundamentais ao cidadão e invioláveis pelo Estado, foi inserida, legalmente, pela primeira vez, a concepção de ‘presunção de inocência, em vernáculo”, MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

<sup>80</sup> **Art. 9.** Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. (tradução do autor)

<sup>81</sup> O que não quer dizer que anos depois, com o advento do Código Napoleônico de 1808, não seria novamente desenvolvido um modelo processual com fortes marcas autoritárias.

<sup>82</sup> O século XVIII, segundo BAUMER, é marcado por inúmeros movimentos de reflexão, tendo como mais destacado o Iluminismo, embora este impulso do pensamento não constituísse de forma alguma a única parte da produção intelectual do século na Europa. Para ele, o iluminismo marca a passagem de um “pensamento sobrenaturalista-mítico-autoritário, para um tipo naturalístico-científico-individualista”, mas não pode ser compreendido em todos os países e época como algo imóvel. O autor afirma, entretanto, que em meados do XVIII, a França efetivamente exercia uma liderança intelectual na Europa por conta da potência que se tornara como país mais poderoso, populoso e culto do continente e porque fermentava um desejo de mudança política, em razão do descontentamento com o *Ancien Regime*. O período foi marcado por turbulências políticas em que a monarquia estava decaindo e enfrentava muitos problemas políticos que exigiam solução. As discussões sobre igualdade e liberdade cresceram de importância no ambiente do pensamento político e foram objeto das mais diversas opiniões sobre as formas políticas de realização, desde os defensores de um despotismo esclarecido/absolutismo modernizado (caracterizado por uma administração monárquica destituída de qualquer graça divina, mas comprometida com o bem estar do povo, pela ascensão da burocracia estatal, pelo racionalismo científico e pela eficiência administrativa) até os defensores de um liberalismo modernizado, com ênfase na igualdade e na liberdade em que o centro dos debates estará na forma de governo e no equilíbrio entre ambos os direitos. Diz o autor que esse movimento liberal voltado à reforma da ordem estabelecida era mais ou menos contínuo e que, muito embora duramente reprimido em meados da década de 1790, fincou as bases do liberalismo do século XIX. BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno - Séculos XVII e XVIII**. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, v. 1, 1977, p. 163/164, 180, 245/264.

<sup>83</sup> O ineditismo afirmado por MORAES, no entanto, deve ser compreendido de forma parcial e no que diz respeito ao direito continental, posto que o direito anglo-saxão já contava com a inspiração do princípio, bastante adaptado ao modelo processual acusatório praticado sobretudo na Inglaterra, em que o encargo probatório recaía sobre a acusação. GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020. Em sentido similar, reconhecendo no direito anglo-saxão um sistema em que o princípio da presunção de inocência atinge a mais pontual e concreta expressão, PISANI, Mario. L'assoluzione per Insufficienza Di Prove: Prospettive Storico-Sistematiche. **Il Foro Italiano**, vol. 90, no. 5, 1967, pp. 67/68-79/80. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/23156767](http://www.jstor.org/stable/23156767), p. 78 e nota de rodapé 48. Acesso 25 jun. 2020.

<sup>84</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77/78.

inspiração iluminista, voltada à proteção dos cidadãos como indivíduos e refletindo no sistema processual penal.<sup>85</sup>

O caráter dúplice de sua irradiação,<sup>86</sup> tanto na preservação da liberdade, quanto no estabelecimento de regras probatórias, como dois pontos fundamentais da revolução processual que anuncia, constituiria um núcleo como vetor de análise da densificação dessa garantia em determinado ordenamento jurídico, segundo GIACOMOLLI.<sup>87</sup>

A propósito, GOMES FILHO assinala que a redação aposta ao art. 9º da DDHC já contemplava um duplo significado: primeiro, ao presumir a inocência, dispensava a prova por parte do acusado de que fosse, efetivamente, inocente; segundo, a garantia buscava impedir a adoção de medidas restritivas da liberdade sem que o acusado fosse declarado culpado.<sup>88</sup> A previsão implicava uma mudança estrutural do processo na passagem do modelo inquisitório ao acusatório, sobretudo no que diz respeito à liberdade e à prova.<sup>89</sup>

Na França, portanto, a garantia surge como uma resposta a um modelo de processo fortemente repressivo, absolutista, e fundado nas provas legais (tarifadas) e no uso de medidas extremas contra o acusado, das quais a expressão máxima era a tortura.<sup>90</sup> O art. IX da DDHU

---

<sup>85</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 78/79.

<sup>86</sup> No plano dos significados atribuíveis ao princípio, para GHIARA seria equivocado distinguir entre regra probatória com origem no direito anglo saxão e prevista no art. 11 da DUDH e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, art. 6, 2 e, por outro lado, aquela prevista no art. 11 da DDHC de 1789 e relacionada ao art. 27, *comma 2*, da *Costituizione*. Segundo o autor, é comum referir-se que, sob o regime feudal, o imputado estaria submetido a um modelo de processo em que haveria de provar a própria inocência diante de uma presunção de culpa e que, por consequência, estaria sujeito a uma sanção peculiar em caso de não comprovar plenamente sua inocência. De outro lado, o imputado também estava submetido desde o início a um tratamento incompatível com o possível estado de inocência, em razão das prisões por tempo indeterminado e da tortura, diversamente aplicadas em razão da gravidade do crime e assumindo assim uma função aflitiva e expiatória. No entanto, o autor adverte que alguns acreditam encontrar já no direito tardio romano, sobre influência do cristianismo e da ética estoica traços do *in dubio pro reo*, enquanto no direito comum essa máxima decorreu da experiência e ateve-se ao âmbito probatório. Assim, conclui, a presunção de inocência como regra de juízo não era estranha ou desconhecida no direito europeu continental, ainda que por influência sobretudo de Beccaria tenha o pensamento iluminista se concentrado na exigência de um tratamento como inocente e não como culpado. Essa exigência foi expressamente consignada no art. 9 da Declaração, mas para Ghiara não trazia consigo um significado restritivo, antes, pelo contrário, sendo postulado como princípio geral incondicionado, orientado a disciplinar adicionalmente o tratamento do imputado. GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>87</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

<sup>88</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9.

<sup>89</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 100.

<sup>90</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 9. No mesmo sentido, GIACOMOLLI, para quem o estado de inocência é uma resposta às prisões arbitrárias e da consideração pressuposta como culpado dos acusados de crimes no *Ancien Regime*. GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 102. Em sentido similar também:



configura então uma clara barreira “*al duro tratamiento que recibía el imputado en el proceso inquisitivo*”.<sup>91</sup>

Segundo GOMES FILHO, o modelo até então adotado pelo *Ancien Regime* pressupunha a culpa do acusado,<sup>92</sup> assim já considerado pela opinião pública, de modo que se admitia naturalmente a imposição de medidas de restrição à liberdade durante o processo.<sup>93</sup> Ademais, o modelo absolutista vigente permitia ao soberano exercer um poder de prisão extraprocessual, como corolário de seu poder de punir, dispondo arbitrariamente da liberdade dos súditos.<sup>94</sup>

Evidentemente, o modelo repressivo dos sistemas criminais não se confinava ao território francês ou a suas extensões, como comprova até mesmo o clássico livro de BECCARIA escrito na Itália e de que servem como provas também, apesar das peculiaridades locais, os diversos formatos inquisitivos de processo existentes nos países europeus. Mas a garantia da presunção de inocência de inspiração francesa, conforme GOMES FILHO, seria símbolo de uma reforma penal e processual penal que postulava a estrita legalidade das

---

BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia. Ciencias penales*: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, v. 17, n. 23, p. 11-29., nov. 2005. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=63220](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63220). Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>91</sup> TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 19.

<sup>92</sup> A culpa era presumida e, a rigor, a inocência deveria ser provada pelo acusado, normalmente sob forte pressão de mecanismos de tortura. Um simples indício era suficiente à condenação. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100. E mesmo as escassas absolvições em muitos casos decorriam de uma insuficiência de provas que mantinha a dúvida sobre o acusado. E pior, na prática, poucas absolvições efetivamente livravam o acusado de alguma sanção. A dúvida, na inquisição, era sempre quanto à inocência e resolvia-se ora pela aplicação de uma pena mais branda, ora pela então chamada absolvição de instância. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 60. Por absolvição de instância, entendia-se uma fórmula criada pela jurisprudência apta a encerrar o processo sem que se constituísse coisa julgada, permitindo, portanto, um novo processo contra o acusado pelos mesmos fatos. A rigor, distinguia-se aí o que seria uma absolvição pelo delito e uma absolvição de instância, essa não resolvendo efetivamente o mérito da causa, mas deixando de condenar o réu em razão de que não estava plenamente provada a culpa. Tratava-se de uma distinção feita, em tese, a partir do grau de dúvida existente na perspectiva do julgador. Pedro Ortego GIL ainda chama a atenção para os aspectos econômicos que mobilizaram a criação de uma modalidade de absolvição que assegurasse a não devolução dos bens do acusado e os valores pagos pelas custas processuais. Como diz o autor, a absolvição plena implicava não só a liberdade imediata, mas também a liberação de todas as restrições dos bens do acusado e do pagamento das custas. Diz o autor: “Ante esta circunstancia se abrió camino una figura penal **intermedia, la absolución de la instancia**, donde la situación del acusado era la de inocente presunto -no había pruebas claras y veementes contra él, aunque algo había- y la de indiciado o sospechoso -la información probatoria existía, aunque no fuera completa con arreglo a Derecho para condenarlo, o el procedimiento hubiera sido nulo”. GIL, Pedro Ortego. *Innocentia praesumpta*: absoluciones en el antiguo Régimen. **Cuadernos de Historia del derecho. Revista del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**, 2003, n. 10, pp. 71-125. Disponível em: <http://bit.ly/2ZdldtH>. Acesso em 10 out. 2020.

<sup>93</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10. De fato, a adoção de medidas restritivas de direito e liberdade parece coadunar-se, por coerência, com uma noção de presunção de culpa. Ora, se o reconhecimento da culpa é justamente um anteposto colocado à aplicação de sanções penais, a existência de uma presunção já supera esse “obstáculo”.

<sup>94</sup> *Ibid*, p. 10.

punições, assim como a substituição do procedimento repressivo, secreto e inquisitório por um modelo público, oral, e pautado na igualdade entre acusação e defesa.<sup>95</sup>

Houve uma profunda alteração em termos lógico-sistêmicos, dado que o processo deixava de ser um mecanismo de confirmação de opiniões prévias do julgador, para constituir “uma investigação cognitiva na busca dos mais confiáveis meios de prova para evidenciar os fatos no processo”. Assim, a investigação não significava apenas confirmar uma hipótese prévia; cognição deixava de significar um desígnio político/religioso a ser alcançado no processo; os meios confiáveis de prova não se coadunavam com as manipulações probatórias típicas do modelo inquisitivo; e o novo processo era incompatível com o sigilo, com ausência de defesa e de contraditório, e com meios de violência física, moral ou contra credos religiosos, assim como buscava se assegurar a imparcialidade judicial e o direito ao recurso.<sup>96</sup>

Surgia, portanto, uma incorporação à legislação revolucionária de uma das relevantes ideias consagradas na sistematização realizada por BECCARIA e ventilada como uma reação às arbitrariedades cometidas em nome da lei e dos interesses do soberano.<sup>97</sup>

Outro contexto de dimensões relevantes e com reconhecido desfecho para a presunção de inocência é o debate teórico das escolas italianas Clássica, Positiva e Técnico-Jurídica, em torno da pertinência e da conveniência de reconhecer a garantia ou, ao contrário, de revelar sua fragilidade teórica e prática ou até mesmo o exaurimento de sua finalidade histórica como consagração legal da legalidade, da distribuição da carga probatória e da exigência de jurisdicionalidade.

Tratava-se num primeiro momento de ampla discussão, embora limitada a um plano mais ideológico, surgida no encontro entre Escola Clássica e Positiva e que gravitava em torno do *Código de Procedura Penale* de 1865 num ambiente ainda permeável às críticas dos reformistas liberais<sup>98</sup> que desde há um século construía suas teorias limitadoras do poder, enquanto autores da segunda Escola advertiam que a legislação notavelmente liberal já havia

---

<sup>95</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11.

<sup>96</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 78.

<sup>97</sup> PELUSO, Antonio Cezar. **Presunção de inocência**: VI Encontro AASP. Aula Magna do Min. Antonio Cezar Peluso. Revista Brasileira de Advocacia, São Paulo, v. 1, p. 231-245, abr/jun. 2016.

<sup>98</sup> CARRARA, por exemplo, criticava em outubro de 1869 a nova ordem jurídica italiana que impunha detenções preventivas que poderiam ser afastadas pelo pagamento de fianças. Uma das críticas do autor era justamente o fato de que, introduzida como uma suposta garantia para o cidadão, tal norma submetia a liberdade de um homem ao pagamento de uma soma em dinheiro, além do fato de que o *Codice* Toscano anterior continha regra muito melhor, que exigia uma decisão judicial para a prisão, em casos excepcionais e ainda assim para delitos com pena superior a dois anos. CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 381/384.

incorporado os direitos individuais em favor do imputado, de modo que a presunção de inocência teria exaurido sua importante finalidade histórica.<sup>99</sup>

A presunção de inocência na perspectiva da Escola Clássica<sup>100</sup> viria a ser afirmada como “*prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino*” para Lucchini, ou “*principio di eterna giustizia*” e “*formula di valore politico di protezione della libertà*”, segundo Stoppato, “*de cui la scienza penale...fa la sua bandiera per opporla all'accusatore e all'inquisitore...al fine di restringere [i loro] movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti che siano freno all'arbitrio, ostacolo all'errore, e per conseguenza protezione di quell'individuo*”, na lição de Carrara.<sup>101</sup>

A presunção de inocência, segundo CARRARA, tinha uma importância central na perspectiva da Escola Clássica italiana como inspiração para o modelo processual que deveria se colocar como um obstáculo ao poder arbitrário,<sup>102</sup> ao erro judiciário e, enfim, a condenações

---

<sup>99</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappicheli, 2009, p. 14. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020. Sobre esse ponto, afirma ILLUMINATI que o modelo procedimental anterior à formulação moderna não tinha uma clara distinção entre quem era culpado e quem era inocente. Isso se devia mais à ausência de uma clara demarcação do momento da aplicação da pena do que propriamente de uma presunção racional de culpa. Assim, o autor italiano assinala a importância de lembrar que as aspirações de reforma na época pretendiam estabelecer critérios claros sobre legalidade penal e exigência de juízo penal e que a previsão em lei dessas duas exigências tornou muitas vezes confusa a visão daqueles que viam como exaurida a importância histórica do princípio da presunção de inocência. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 14.

<sup>100</sup> Por Escola Clássica pode-se entender um conjunto de teorias sobre o direito penal e os sistemas de justiça penal que se desenvolveram principalmente de meados do século XVIII a meados do século XIX, ainda que não constituíssem um bloco monolítico de concepções nem possibilitasse uma fixação definitiva de quais seriam os seus autores. Em todo caso, segundo ANDRADE, é possível ventilar uma hipótese de desenvolvimento inicialmente filosófico das ideias, cujo autor central é Beccaria, com posteriores desenvolvimentos jurídicos elaborados por Giovanni Carmignani, Pelegrino Rossi e sobretudo por Francesco Carrara. A característica central para a autora é a unidade ideológica e metodológica. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53.

<sup>101</sup> GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020. “Primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão...princípio de eterna justiça...fórmula com valor político de proteção da liberdade...com o qual a ciência penal faz a sua bandiera contra o acusador e o inquisidor...a fim de restringir a mudança de formas, concatenando-os em uma série de freios que sejam freios ao arbítrio, obstáculo ao erro, e por consequência proteção aquele indivíduo”. (tradução do autor)

<sup>102</sup> A Escola Clássica caracterizava-se, de um lado, pela unidade ideológica de inspiração política liberal, voltada à limitação do poder estatal em benefício dos direitos do indivíduo; de outro lado, havia uma unidade metodológica, calcada no método racionalista de compreensão do objeto de estudo. Os movimentos reformistas inspirados no período desdobram-se em pelo menos duas dimensões: uma crítica, de forte enfrentamento às legislações abusivas, arbitrarias, praticadas por governos autoritários e despóticos e outra dimensão reconstrutora, de caráter programático, talhada em pressupostos de legalidade, humanização do sistema penal e na instrumentalização utilitária. Decorriam das propostas reformistas três consequências importantes para o programa de direito penal e processual liberal. Uma, a exigência de estrita legalidade, de onde ganha força o axioma do *nullum crimen nulla poena sine legge*; a segunda, a ideia de igualdade e certeza jurídicas cuja concretização era creditada a leis gerais e abstratas, cuja interpretação era interdita aos juízos que se

de inocentes, exigindo que antes de demonstrada a culpa de alguém este não fosse considerado culpado, incorporando duas importantes direções que o princípio estava apto a acolher, a saber, a regra de tratamento e a regra de juízo.<sup>103</sup>

Em LUCCHINI, o princípio é erigido à condição fundamental e elementar do processo, um pensamento forte a que se deveria adequar qualquer sociedade que se dissesse liberal. A ausência de um processo orientado pela presunção de inocência levaria a duas consequências negativas: um dano social para o sujeito injustamente incriminado que se torna vítima do Estado, ao contrário de ser protegido por este, gerando uma desconfiança de que pode, além de ser vítima de um delito, ser alvo também do Estado; de outro lado, uma perda de credibilidade do Estado, da legislação e das autoridades públicas, que atuariam em nome de legislações antidemocráticas e antissociais. Nessa perspectiva, o custo social de condenar um inocente seria muito superior ao de inocentar um culpado, razão pela qual o autor adere a uma ideia de regra de juízo e de ônus probatório, a fim de dar maior garantia ao âmbito de acerto da culpa no processo, ou seja, assume uma correlação com a regra do *in dubio pro reo*.<sup>104</sup>

Tratava-se, nesse sentido, de um forte componente axiológico de inspiração liberal que buscava preencher um espaço de diretriz política do próprio processo penal.<sup>105</sup> Não se esgotava na simples reivindicação de legalidade das penas e sujeição a um juiz penal, mas também exigia a conformação de um procedimento capaz de garantir a proteção dos inocentes por meio de garantias penais que colocavam a demonstração da culpa mediante processo como condição indispensável para superação da presunção de inocência.<sup>106</sup>

---

limitavam a uma aplicação automática e silogística da lei; em terceiro lugar, aparece a ideia de utilidade da pena, a ser orientada pela noção de humanização e proporcionalidade, buscando-se impedir a utilização da pena para simples aflição do condenado. ANDRADE, Vera Regina Pereira de, op. cit., p. 53 e ss.

<sup>103</sup> Sobre a perspectiva de Carrara, v. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 15/16; BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato. Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappichelli, 2009, p. 15/16. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

<sup>104</sup> Sobre a perspectiva de Lucchini, v. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 16; BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato. Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappichelli, 2009, p. 16/18. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

<sup>105</sup> Segundo TORRES, na tradição italiana a presunção de inocência tem um claro recorte liberal, assumindo uma característica de direção política de um processo destinado a garantir a liberdade humana frente ao poder estatal e ao exercício do poder punitivo, enquanto a resistência ao preceito responderia aos objetivos de repressão da delinquência. TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 27/28.

<sup>106</sup> Sobre esse ponto, afirma ILLUMINATI que o modelo procedimental anterior à formulação moderna não tinha uma clara distinção entre quem era culpado e quem era inocente. Isso se devia mais à ausência de uma clara demarcação do momento da aplicação da pena do que propriamente de uma presunção racional de culpa. Assim, o autor italiano assinala a importância de lembrar que as aspirações de reforma na época pretendiam estabelecer critérios claros sobre legalidade penal e exigência de juízo penal e que a previsão em lei dessas

Entretanto, a perspectiva de um processo penal como tutela do imputado em contrariedade ao interesse da sociedade em se proteger contra criminosos foi objeto de críticas realizadas pela chamada Escola Positiva<sup>107</sup> que entendia tal garantia como um excesso em prejuízo do interesse social na prevenção e repressão do crime, enfraquecendo a atuação estatal,<sup>108</sup> sobretudo num contexto de aumento de criminalidade,<sup>109</sup> e “em coerência com suas opções substancialistas consideraram ‘vazia’, ‘absurda’ e ‘ilógica’ a fórmula da presunção de inocência”.<sup>110</sup>

De fato, FERRI referia que a justiça penal, até fim do século XVIII, foi marcada por um período de idolatria do poder estatal somado a um desconhecimento das mais elementares garantias do indivíduo processado, o que culminou no absurdo da tortura como meio de prova sem o qual o juiz não se sentia seguro para condenar, sem pensar que uma confissão dada sobre tormento não poderia confirmar uma prova como verdadeira.

Contudo, diz o autor, isso acabou por permitir o surgimento de reivindicações por garantias individuais que, levadas a um excesso irracional, sacrificaram a garantia da sociedade contra o delito e contra o delinquente. A escola criminal positiva, assim, se afirmou como uma reação sociológica e política contra o excesso de individualismo da escola penal clássica e como reafirmação do direito de a sociedade, por meio do Estado, defender-se da criminalidade, tanto por medidas preventivas, quanto por meios repressivos.<sup>111</sup> Uma resistência que ocorreu, por

---

duas exigências tornou muitas vezes confusa a visão daqueles que viam como exaurida a importância histórica do princípio da presunção de inocência. ILLUMINATI, Giulio, op. cit., p. 14.

<sup>107</sup> A Escola Positiva configura-se por um conjunto de obras e reflexões que surgem a partir da década de 1870, propondo uma reação à perspectiva da escola clássica e levando ao centro do debate duas dicotomias: o indivíduo versus social e racionalidade versus realidade. São concepções que, fruto de seu tempo, tentam responder a demandas sociais e acompanham as alterações substanciais em termos de atuação estatal perante a sociedade. Dentre as inúmeras modificações, propunham um método científico (experimental), o crime como fato social, a pena como meio de defesa social e de neutralização e correção do delinquente perigoso, o criminoso como protagonista das análises (antropológicas, sociológicas). ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 67 e SS.

<sup>108</sup> GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020

<sup>109</sup> Segundo ILLUMINATI, sempre foi clara uma ligação entre o princípio da presunção de inocência e a considerada teoria dualística do processo que via no processo penal uma salvaguarda dos direitos do imputado contra os abusos do poder, num conflito entre o interesse público na repressão do crime e o interesse individual do acusado. Embora a concepção liberal não gozasse de maior circulação no plano legislativo na época, a crítica à presunção de inocência como excesso de tutela do imputado foi importante combustível para a atuação da Escola positivista. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 16.

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 507.

<sup>111</sup> Para FERRI a ideia de repressão está relacionada ao que “contemporaneamente se chama de prevenção especial positiva, baseada na ideologia do tratamento e na readaptação social do criminoso através da execução penal”.

exemplo, contra o exagero da regra do *in dubio pro reo* (*anche quando il reo sia già condannato in prima istanza e più volte recidivo*).<sup>112</sup>

Em tom mais radical, GAROFALO defendia a extinção da garantia com a pretensão que carregava a presunção de inocência, sugerindo que fosse substituída por outra máxima que não obstruísse o desenvolvimento do processo, naquilo que ILLUMINATI chamou ironicamente de “*la costruzione lucidamente reazionaria*”. Ademais, entendia que a prisão preventiva deveria ser uma regra como resposta imediata à imputação e em forma de antecipação da pena.<sup>113</sup>

Segundo BATIA e PIZZO, a Escola Positiva era estruturada num fio condutor voltado ao cancelamento da presunção de inocência como *favor rei* que operasse no ordenamento jurídico, buscando paulatinamente reduzir as garantias individuais em nome de uma perspectiva inteiramente polarizada de processo penal, calcado na dicotomia interesse do Estado versus interesse individual, em que o primeiro deveria prevalecer.<sup>114</sup>

Seguindo, no século XX o que se viu foi uma inflexão drástica dessa garantia em determinados regimes, culminando no gradativo esvaziamento de seu conteúdo e no desprestígio à liberdade individual em razão do que FERRAJOLI chamou de um ataque concêntrico em sintonia com o regresso autoritário da cultura penalista que se propagava no fim do século XIX.<sup>115</sup> O alvo, obviamente, nunca fora o “princípio da submissão à jurisdição, no sentido lato da necessidade do juízo como condição da condenação, mas as suas implicações mais estritamente garantistas em matéria de liberdade do imputado e formação da prova”.<sup>116</sup>

---

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 75, nota de rodapé 26.

<sup>112</sup> FERRI, Enrico. **Studi sulla criminalità**. 2. ed. Riveduta e molto aumentata. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926, p. 699/701. Assim, mais tarde, afirmaria o autor italiano que um primeiro, geral e fundamental acordo entre fascismo e escola criminal positiva estava na precedência do direito do Estado contra o indivíduo. “Mesmo quando o réu já seja condenado em primeira instância e muitas vezes reincidente” (tradução do autor)

<sup>113</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato. Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappicheli, 2009, p. 19/20. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020; ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 16.

<sup>114</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro, op. cit., p. 19/20.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 507.

<sup>116</sup> Ibid, p. 507.

A escola Técnico-jurídica,<sup>117</sup> segundo ILLUMINATTI, seria responsável pelo golpe mais decisivo contra a presunção de inocência.<sup>118</sup> Sob pretexto de uma análise puramente técnica e lógico-formal escondia-se uma opção política bem precisa em que se animavam as normas de processo penal para justificar a repressão estatal e não para tutela de inocentes contra o poder arbitrário.<sup>119</sup>

Insinuando-se por meio de uma análise puramente técnica da norma,<sup>120</sup> resultava uma compreensão de que os princípios, enquanto valores de caráter meramente abstrato ou teórico, necessitavam de previsão no direito objetivo e que o princípio da presunção de inocência em sua formulação abstrata não tinha potencial para obstar qualquer norma de caráter objetivo que o contradissesse.<sup>121</sup>

De parte de MANZINI, o processo penal não poderia ser visto como um instrumento de proteção dos interesses individuais do acusado. O processo penal existia para que se pudesse aplicar uma punição ao criminoso. Era antes um instrumento de aplicação e proteção de interesses preponderantemente coletivos, da sociedade, para repressão à delinquência.

Assim, o conteúdo do processo penal seria o accertamento jurisdicional das condições que determinam, excluem ou modificam a realização da pretensão punitiva do Estado, não devendo limitar-se a debates acadêmicos abstratos nem a investigações de cunho moral sobre a conduta do indivíduo. O interesse fundamental do processo é o de obter a decisão judicial para realizar a pretensão punitiva do Estado contra o imputado declarado culpado e não o interesse de prevenir o inocente contra declaração de culpa. Essa finalidade processual está ancorada numa premissa básica: a de que a função ministerial de acusação, distante de quaisquer

---

<sup>117</sup> Sobre as confluências teóricas entre o tecnicismo, notadamente de Manzini, e a Escola Positiva, com destaque para uma genética conservadora arraigada à ideologia da defesa social, e a incorporação à legislação fascista, sobretudo dos códigos de 1930, de princípios positivistas, ainda que mascarados sob uma roupagem estritamente jurídica, v. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1. ed. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 219/242.

<sup>118</sup> Em sentido semelhante: GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020; FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 507.

<sup>119</sup> ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 18. Em sentido similar, também creditando a Manzini a proeminência na crítica ao princípio da presunção de inocência no contexto italiano, FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 507.

<sup>120</sup> Com efeito, o método tecnicista buscava revestir a dogmática penal de uma blindagem às influências de outras disciplinas, gerando uma crença na separação radicalizada da política, apesar dos visíveis contatos teóricos entre a chamada Escola Técnico-Jurídica e seu grande expoente, MANZINI, com o ideário de criminólogos positivas. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 145, p. 319-366, p. 3, jul. 2018.

<sup>121</sup> ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 18.

interesses pessoais de quem a exerce, está normalmente subsidiada por um “*sufficiente accertamento preliminare*”.<sup>122</sup>

Portanto, a partir da forte tendência de veracidade que ele atribui à acusação e à decisão de culpa, defende a ideia de que, embora o processo possa proteger a liberdade civil, esta não é uma característica prevalente. Nenhuma presunção de inocência deve socorrer o acusado por uma questão que lhe parecia lógica: se a imputação tem uma forte probabilidade de veracidade, como afirmar o oposto durante o processo?<sup>123</sup>

Ao propor que o Estado deve proteger a liberdade civil do cidadão, o autor permite toda e qualquer medida judicial tendente à restrição da liberdade, desde que prevista em lei e declarada judicialmente, o que, em todo caso, deve ser feito sem qualquer presunção em favor do acusado.<sup>124</sup> Ademais, seria um absurdo oriundo do empirismo francês considerar alguém que respondesse a um processo como inocente. A história dos processos revelava o contrário: que a expressiva maioria dos acusados era, de fato, culpada.<sup>125</sup>

Para MANZINI, expoente da chamada escola Técnico-jurídica, seria de bom senso que até que sobreviesse a sentença que acerta a condição de realização da pretensão punitiva do Estado (portanto, declara a culpa), o imputado não fosse considerado condenado, isto é, a culpa

---

<sup>122</sup> MANZINI, Vincenzo. *Manuale de Procedura Penale*. Italiana. Milano: Fratelli Bocca, 1912, p. 51/52. MANZINI confere essa credibilidade ao órgão acusador, já que, segundo o autor italiano, as normas processuais penais tutelam primordialmente o interesse social na repressão da delinquência.

<sup>123</sup> Sobre as aproximações entre a posição de MANZINI e o ideário da Escola Positiva em matéria de rejeição ao princípio da presunção de inocência, v. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1. ed. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 310/316.

<sup>124</sup> Segundo Manzini, pelo menos três razões recomendam refutar a tese que o processo busca proteger os interesses do réu inocente. Primeiro, porque o processo não acerta sempre a inocência quando não haja culpa declarada; segundo, porque o processo não tem como finalidade declarar inocência, mas sim confirmar se existem condições necessárias para realização da pretensão punitiva do Estado; terceiro, o fato de que a decisão do júri, por não exigir motivação, pode absolver alguém sem que isso se confunda com inocência. MANZINI, Vincenzo. *Manuale de Procedura Penale*. Italiana. Milano: Fratelli Bocca, 1912, p. 53/54.

<sup>125</sup> In verbis: “Nulla di più paradossale e contraddittorio. Basti pensare ai casi di arresto preventivo, alla segretezza dell’istruttoria e al fatto stesso dell’imputazione. Se quest’ultima costituisce appunto e necessariamente una presunzione di colpevolezza, come ammettere che equivalga al suo oposto: a una presunzione di innocenza? Del resto la pratica dei giudizi há fatto e va facendo giustizia somaria di simile absurdità teórica, escogitata dall’empirismo francese. La presunzione inoltre è un mezzo di prova indiretta che deduce um dato convincimento assoluto o relativo dalla comune esperienza. Ora, si vorrà ammettere chel’esperienza storica coletiva insegna che la massima parte degli imputati é innocente?!”, Ibid, p. 54. “Nada mais paradoxal e contraditório. Basta pensar nos casos de detenções preventivas, no segredo da instrução e mesmo na acusação. Se esta última constitui efetiva e necessariamente uma presunção de culpabilidade, como admitir que equivalha ao seu oposto: uma presunção de inocência? De fato, a prática dos juízes tem feito e vai fazendo justiça com semelhante absurdo teórico, extraído do empirismo francês. A presunção além do mais é um meio de prova indireta que deduz um dado convencimento absoluto ou relativo da experiência comum. Ora, vai se querer admitir que a experiência coletiva histórica ensina que a maior parte dos imputados é inocente?!” (tradução do autor)



ainda estaria sobre dúvida. Mas isso, no seu entender, não seria o mesmo que reconhecer uma presunção de inocência até prova em contrário.<sup>126</sup>

A polêmica em torno da presunção de inocência, como se sabe, extrapolou o âmbito doutrinário, sobretudo na discussão acerca dos Códigos de 1913 e de 1930, quando a polarização já não se confinava apenas a um debate de cunho ideológico sobre o significado da expressão, mas se projetava no ambiente interno às casas legislativas e se desenvolvia num cenário político marcado por convulsões políticas e jurídicas.

Representativo da controvérsia, de um lado, seriam as posturas de STOPPATTO e MORTARA nos trabalhos prévios à elaboração do Código de 1913. O primeiro, relator do Projeto na Câmara, era animado pela perspectiva liberal do princípio; já o segundo, relator do projeto no Senado, endossava agudamente as críticas entabuladas tanto pelos positivistas quanto pela chamada escola Técnico-jurídica, ou mais precisamente pelas palavras de MANZINI naquele caso,<sup>127</sup>subscrevendo, portanto, a ideia de uma neutralidade que não considerava o imputado nem inocente nem culpado, acolhendo uma distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade e defendendo ainda a ideia de que o código de processo penal tinha um interesse público preponderante voltado à punição do réu.<sup>128</sup>

Para STOPPATTO, a presunção de inocência era o princípio cardinal do processo acusatório e, como iria referir nos trabalhos parlamentares, tratava-se de um princípio de eterna justiça e de uma fórmula de valor político de proteção da liberdade, a fim de assegurar a investigação processual e reger a busca de provas.<sup>129</sup>

A tese de MORTARA prevaleceu e a própria doutrina liberal, percebendo um avanço do perfil autoritário do Estado, acabou por abandonar a luta pela consagração da presunção de inocência e limitou-se às exegeses das novas disposições, deixando um caminho livre para a futura legislação fascista,<sup>130</sup>e viu a presunção de inocência se configurar num conceito supérfluo sem qualquer resultado prático.<sup>131</sup>

---

<sup>126</sup> MANZINI, Vincenzo. **Manuale de Procedura Penale**. Italiana. Milano: Fratelli Bocca, 1912, p. 54.

<sup>127</sup> GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>128</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. *La tutela dell'imputato. Saggio storico-concettuale*. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappicheli, 2009, p. 21. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

<sup>129</sup> Ibid, p. 19/20.

<sup>130</sup> GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>131</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro, op. cit., p. 22.

A concepção prevalecente, segundo LEONE, fez com que essa garantia liberal da presunção de inocência encontrasse forte resistência na relação ministerial responsável pelo código processual italiano de 1930, em que a aventada neutralidade utilizada pela legislação fascista não derogou o princípio, mas o declarou inútil, não se podendo falar em presunção de inocência nem de culpa durante o processo.<sup>132</sup> Somente a sentença teria o poder de dizer se o réu é ou não culpado,<sup>133</sup> o que autorizaria eventuais “absoluções” por insuficiência de prova.<sup>134</sup>

Daí em diante, num ambiente hostil ao ideário que subjazia as origens da presunção de inocência, a legislação fascista, com marco penal decisivo nos Códigos Rocco dos anos 1930, projetou-se por inúmeros flancos a fim de concretizar o princípio máximo de prevalência dos interesses estatais sobre os direitos individuais, congregando uma legislação prolífera em

---

<sup>132</sup> Na relação ministerial, segundo o autor, constava: “Sagrado e inviolable, sin duda el derecho de defensa, certo e indiscutible el principio de que al imputado no se lo puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena, pero que se lo haya de conceptuar inocente mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidade, una tan patente inversión del sentido lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aun como forma retórica. Mientras hay un procedimiento en curso, no hay ni culpable ni inocente, sino unicamente indiciado: sólo en el momento em que recaiga en la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o inocente”. LEONE, Giovane. **Tratado de derecho procesal penal**. Doctrinas generales. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1963, p. 463/466. “Sagrado e inviolável, sem dúvida, o direito de defesa, certo e indiscutível o princípio de que não se pode considerar o imputado culpado antes da sentença irrecorrível da condenação, mas que se o tenha de conceituar inocente enquanto se procede contra ele por ser acusado de um delito, é um exagero, uma tão patente inversão do sentido lógico e jurídico, que não se pode admitir nem mesmo como forma retórica. Enquanto há um procedimento em curso, não há nem culpado nem inocente, mas unicamente indiciado: só no momento em que sobrevenha a sentença, se saberá se o indiciado é culpado ou inocente” (tradução do autor)

<sup>133</sup> Trata-se de uma posição teórica defendida por RANGEL, por exemplo, para quem só haverá uma presunção de inocência ou de culpa no momento em que o juiz proferir a sentença. A decisão do juiz é uma presunção relativa, ainda passível de ser refutada em sede de recurso de apelação. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23/32. Colhemos de texto mais recente que RANGEL opina pela impropriedade da utilização da terminologia “presunção de inocência”, posto que se o réu não pode ser presumido culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tampouco há espaço para presumi-lo inocente. Segundo o autor, a ideia de presunção, a rigor, está indissociavelmente relacionada com a sentença e é neste momento decisivo que o juiz, se condenar, presumirá a culpa da pessoa acusada; ao contrário, a sentença de absolvição gera uma presunção de inocência. A sentença, como expressão de uma presunção relativa do julgador fica sujeita à reforma, razão pela qual o autor atrela à prolação da sentença a efetiva presunção no caso concreto. “Dessa forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Nesse momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência”. Então conclui o autor afirmando que o que a “Constituição veda é *considerar* culpado e não presumir”, ou seja, o juiz quando sentencia apenas presume. O exemplo citado está no art. 386, II, CPP, porque a falta de provas sobre a existência do fato, segundo o autor, milita em favor de uma presunção de inocência do acusado. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 25/27.

<sup>134</sup> Sobre a influência de FERRI na construção desse mecanismo de absolvição que permitiria uma nova ação pelo mesmo fato, CEZAR PELUSO: “E Enrico Ferri, que foi um dos arautos dessa teoria, chega, por exemplo, a fazer afirmações não menos extremadas, ou absolutas, como a de que não se poderia presumir inocente a um réu que confessasse um crime. E foi dele a proposta, adotada por influência do Código de Processo Penal Italiano de 1931, do que constava da redação original do artigo 386, VI, e hoje consta do inciso VII, do nosso Código de Processo Penal, que distinguia um tipo de sentença absolutória baseada no quê? Na insuficiência de prova, como se isso alterasse o fato de que a decisão do juiz, nesse caso, declara sem ressalva e para todos os efeitos, que o réu é inocente”. PELUSO, Antonio Cezar. **Presunção de inocência**: VI Encontro AASP. Aula Magna do Min. Antonio Cezar Peluso. Revista Brasileira de Advocacia, São Paulo, v. 1, p. 231-245, abr/jun. 2016.

prisões preventivas obrigatórias ao mesmo tempo em que eliminava a liberdade automática do Código de 1913; em outra direção, chegava-se a avançar sobre a ideia mult centenária do *in dubio pro reo* para se propor colocar em seu lugar o *in dubio pro republica* de MAGGIORE.<sup>135</sup>

Se na Itália o chamado Código Rocco viria a repelir a presunção de inocência com base nos avais fornecidos por essas opiniões políticas e doutrinárias, utilizando-se largamente de instrumentos autoritários, dentre os quais a mais aberrante invenção fascista que se constituiu na prisão preventiva obrigatória,<sup>136</sup> no Brasil também se tornaram práticas ofensivas à liberdade muitas medidas de verniz autoritário revestidas de legalidade.

A partir dos anos 30, sob a administração de Vargas, o país experimenta importantes alterações legislativas com reflexos diretos na questão da inocência. A criação do Tribunal de Segurança Nacional originou um órgão julgador de exceção, com nítida inversão do ônus da prova em alguns casos, além de suprimir o *in dubio pro reo* em casos de empate nos julgamentos desse Tribunal.<sup>137</sup>

Com o advento do CPP/41, a temática da inocência passa por uma configuração aparentemente similar àquela realizada pelo código Rocco, aderindo a uma postura ideológica de defesa social de absoluta necessidade de repressão da criminalidade e de preponderância do interesse social e coletivo sobre os interesses do indivíduo.

A partir do novo código processual são previstas hipóteses de prisão preventiva obrigatória, exigindo-se para tanto apenas indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime punível com pena máxima de reclusão igual ou superior a 10 anos; também alargam-se as hipóteses de flagrante delito, dispensando-se o chamado clamor público como pressuposto de legalidade da medida.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappicheli, 2009, p. 23 e ss. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

<sup>136</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 509.

<sup>137</sup> SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 366 e ss. Também sobre o duro período de repressão do Estado Novo, analisando a legislação a partir de 1935 para repressão de crimes políticos, o que chamou de subsistema processual penal de exceção: MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; BARROS, Victoria-Amália de; SULLOCKI, Carvalho Gozdawa de. **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 60 e ss.

<sup>138</sup> Segundo Francisco Campos, o “clamor público deixa de ser condição necessária para que se equipare ao estado de flagrância o caso em que o criminoso, após a prática do crime, está a fugir”. Exposição de Motivos do CPP/41.

Em relação ao aspecto probatório dois pontos fixados no Código são muito significativos. Embora estabelecida formalmente uma divisão de funções entre o Ministério Público e o juiz, este tinha a gestão da prova e podia determinar de ofício as provas que entendesse necessárias, deixando de ser um “espectador inerte da produção de provas”. Além disso, o *in dubio pro reo* fora limitado e, como afirmava o então Min. Francisco Campos na exposição de motivos assinada em 08 de setembro de 1941, “enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”.

De fato, merece relevo mencionar que a perspectiva de presunção de inocência proposta por MANZINI contou com adesões no Brasil.<sup>139</sup> Segundo TORNAGHI<sup>140</sup>, a proposta de uma presunção de inocência em favor do acusado era absolutamente inaceitável.<sup>141</sup> Para o autor brasileiro não se tratava, em hipótese alguma, de presumir a inocência ou a culpabilidade do acusado, mas sim de regular o processo de tal forma a evitar os abusos e exageros do poder estatal, reconhecendo o acusado como “sujeito de uma relação jurídica, com direitos subjetivos que lhe permitam defender-se amplamente e exigir do Estado o devido tratamento”, sem, contudo, presumir a inocência de alguém cuja culpabilidade ainda não foi nem provada, nem afastada.

---

<sup>139</sup> O ingresso de tendências fascistas na legislação brasileira é fato notório. E, conseqüentemente, a ideologia de defesa social que as forjavam também se difunde substancialmente no país, encontrando-se ainda hoje entusiasmadas defesas dessas posturas. A exposição de motivos do CPP, de autoria do então Ministro Francisco Campos, é esclarecedora a respeito dessa conexão com a legislação fascista italiana. A reforma do código tinha como objetivo dar “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”. Opunha-se à legislação vigente na época que concedia aos criminosos, mesmo surpreendidos em flagrante delito ou confundidos pela evidência das provas, “um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”. Brada, então, Francisco Campos: “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. Para ele, portanto, o sujeito que descumpra a ordem natural da sociedade não poderia aliviar-se das sanções recorrendo ao que chamava de “franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social”. As medidas comemoradas eram então as mais diversas, como redução ao mínimo das nulidades processuais, a restrição à aplicação do *in dubio pro reo* que se concretizava pela atuação do juiz na perseguição de possíveis fontes de provas ainda não exploradas no processo, ampliação da noção de flagrante delito, a consideração do silêncio do acusado como motivo para formar convicção, dentre outras.

<sup>140</sup> TORNAGHI, Helio. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1963, p. 273 e ss.

<sup>141</sup> De acordo com PRADO, a posição de TORNAGHI em aderir às lições de MANZINI tem uma íntima conexão com o que defendia Carl SCHIMITT no direito processual penal do nacional-socialismo. Assim como Manzini, também o autor alemão defendeu a inaptidão da presunção de inocência em favor do réu, como, de modo geral, deviam ser dispensadas presunções a favor ou contra os imputados no âmbito regulatório do processo penal. PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.44, nota de rodapé 10.

Trata-se, como se vê, e o autor o faz de forma expressa, de um enaltecimento da posição defendida por MANZINI<sup>142</sup> e pela escola técnico-jurídica italiana, segundo a qual não cabe presumir-se a inocência de nenhum acusado antes de lhe vir uma sentença absolutória favorável.

O que TORNAGHI afirma a esse respeito é que o estado de inocência decorre do *in dubio pro reo*,<sup>143</sup> mas este preceito só tem aplicação no momento de decidir, não socorrendo nem operando em favor do acusado durante o processo. No ato da sentença, em caso de dúvida, caso a prova não permita uma conclusão segura, o juiz deve absolver o réu (art. 386, II, IV, VI) e, “em favor do réu, estabelece-se uma presunção de inocência. Mera presunção, que admite prova em contrário, com a virtude de mudar a decisão em grau de recurso”.

Portanto, para o autor, uma presunção de inocência em favor do réu decorrerá da sentença absolutória por falta de prova suficiente para condenação, mas não antes deste momento. E mais, adverte o processualista, essa presunção é passível de refutação em grau de recurso, ou mesmo após o trânsito em julgado, porque, segundo ele, apesar de não haver revisão criminal de sentença absolutória, isso “não significa que aquilo que se presumiu, isto é, a inocência do réu, não possa ser desmentido por fatos novos ou novas provas”.<sup>144</sup>

Por fim, é de se destacar um outro importante momento em que a presunção de inocência volta ao centro dos debates doutrinários e políticos. Com o fim dos experimentos totalitários depois da Segunda Guerra Mundial, segundo BETTIOL, era preciso abrir-se um novo clima político no direito penal e processual penal na Europa, em que se fosse capaz de mirar sobretudo na liberdade humana, na equiparação entre acusação e defesa e numa tutela jurisdicional mais rígida da execução penal, e cujo pensamento democrático visse no indivíduo a figura de uma pessoa humana.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> Assim diz TORNAGHI expressamente: “A posição de Manzini não é agnóstica como impropriamente afirma Pezzatini: é a posição de quem tem dúvida e quer investigar; diante de um acusado, Manzini não o presume inocente nem culpado, fica em dúvida e procura dissipar a dúvida pelo meio racional do processo”, TORNAGHI, Helio, op. cit., p. 281, nota de rodapé 24.

<sup>143</sup> Segundo TORNAGHI, a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão avançou em relação ao princípio da presunção de inocência por falta de prova de origem medieval. Enquanto lá a inocência era presumida a partir da sentença de absolvição, com a Declaração a presunção de inocência foi transplantada para antes da sentença, significando, em todo caso, apenas um contrabalanço aos rigores das leis praticadas que tratavam o réu como objeto do processo, quase como coisa. Ibid, p. 273/274.

<sup>144</sup> Ibid, p. 278/280.

<sup>145</sup> BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. La lógica y los valores en el Derecho penal. Las ideologías políticas en el Derecho penal. Buenos Aires: Hamurabi, 1995, p. 77/78. A despeito da advertência do autor, não se pode desconsiderar o fato de que também ele encarou com muitas restrições o princípio da presunção de inocência, reduzindo seu âmbito de abrangência. Sobre o tema, V. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 310/316.

Pela relevância que assume como fator de influência da redação da garantia fundamental na CF/88,<sup>146</sup> vale mencionar que a constitucionalização do princípio na Itália ocorreu em 1947, precedida de um debate sobre duas formulações concorrentes, presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, ainda que, em essência e no que diz respeito ao conteúdo que a garantia encerrava, as distinções, com o tempo superadas pela maior parte da doutrina, aparentemente já não passem de sensíveis diferenças terminológicas.<sup>147</sup>

Com efeito, pelo menos duas dimensões da garantia se ofereceram para explicar, quando não limitar, o âmbito de abrangência do direito que se pretendia constitucionalizar. De um lado, a ideia de regra de tratamento voltada a conter o uso desmedido de prisões preventivas confinava a garantia a servir de limitação às privações de liberdade. Nesse sentido, por exemplo, LEONE sugeria, como parlamentar, preceito que limitasse a custódia cautelar aos casos de delitos muito graves e ainda assim de forma que não lesasse a dignidade humana. A proposta fora rejeitada pelo presidente da *I Sottocommissione*, TUPINI, por entender suficiente a presença da presunção de inocência. De outro lado, havia também uma perspectiva de caráter probatório, dirigida a reger a produção probatória, com uma regra de exclusão de presunções contra o imputado.<sup>148</sup>

De fato, a redação embrionária do projeto da *I Sottocommissione* envolvida na elaboração do texto, surgiu de um elenco sistemático de direitos formulado por três deputados, MORO, BASSO e CEVOLOTTO,<sup>149</sup> e deu preferência à ‘*presunzione d’innocenza*’ como terminologia mais capacitada a expressar o forte componente político e jurídico que trazia como fonte de superação constitucional da legislação fascista precedente, constituindo garantia fundamental à

---

<sup>146</sup> Ainda que o chamado Estado Novo tenha chegado ao fim com a deposição de Vargas em 1945, a constituição que demarcaria a Redemocratização do país em 1946, anterior às declarações Americana e Universal de Direitos Humanos, não incorporaria o princípio, nem representaria significativas modificações processuais penais no ponto em estudo, como revela a circunstância de que somente em 1967 a prisão preventiva obrigatória fora revogada. Há de se destacar, de todo modo, que também a CF/46 trazia consigo a cláusula de abertura dos direitos fundamentais.

<sup>147</sup> Sobre a irrelevância das terminologias empregadas, PISANI, Mario. “L’assoluzione per Insufficienza Di Prove: Prospettive Storico-Sistematiche.” *Il Foro Italiano*, vol. 90, no. 5, 1967, pp. 67/68–79/80. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/23156767](http://www.jstor.org/stable/23156767). Accessed 25 June 2020. Em sentido similar, ILLUMINATI, para quem com o passar dos anos a doutrina resistente às inovações constitucionais de 1947 foi gradativamente enfraquecendo, e deixando cada vez mais tênues as disputas conceituais em torno das duas terminologias historicamente contrapostas por muitos autores. Aliás, como afirma, mais importante do que a disputa terminológica, é assegurar a extensão e a eficácia da garantia ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 22 e ss.

<sup>148</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell’imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d’innocenza dell’imputato**. Torino: Giappichelli, 2009, p. 27/28. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

<sup>149</sup> ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 20.

liberdade e à dignidade humana, assim expressada: “[...] *diritto a una libera ed efficace difesa processuale e presunzione d’innocenza fino alla condanna*”.<sup>150</sup>

Houve quem, na ocasião, recorresse às antigas críticas à terminologia presunção de inocência, sabidamente absorvidas pela doutrina de MANZINI e ROCCO e pela legislação fascista que dera azo a práticas com as quais, pelo menos parcela da comunidade jurídica e política buscava romper.<sup>151</sup>

Os debates e a evolução das discussões culminaram numa redação aprovada pela *I Sottocommissione*, em sessão realizada em 17 de setembro de 1946, e assim formulada: “*L’innocenza dell’imputato è presunta fino alla condanna definitiva*”, ou seja, a inocência do imputado é presumida até a condenação definitiva.

No entanto, adotou-se, por fim, uma terminologia alternativa à inicialmente proposta, a partir de uma modificação introduzida pelo “*comitato di redazione detto ‘comitato del diciotto, succeduto alla I Sotocomissione*” que realizou a modificação “*della formula approvata senza discussione, il 25 gennaio 1947, dall’Adunanza Plenaria della Commissione, per la Costituzione, detta ‘Commissione dei settantacinque*”,<sup>152</sup> optando-se finalmente pela ‘presunção de não culpabilidade’, mudança redacional que, a despeito de não ter sido muito bem explicada, segundo alguns autores,<sup>153</sup> traduziria simplesmente um cuidado prévio para que a nova redação, agora incorporada à *Costituzione*, não se tornasse em seguida alvo de críticas de ilogicidade

---

<sup>150</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro, op. cit., p. 25. “...direito a uma livre e eficaz defesa processual e presunção de inocência até a condenação” (tradução do autor)

<sup>151</sup> Ibid, p. 25 e ss.

<sup>152</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell’imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d’innocenza dell’imputato**. Torino: Giappicheli, 2009, p. 26. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

<sup>153</sup> No mesmo sentido, ILLUMINATI adverte para o fato de que não está documentada a sessão em que houve a alteração redacional, além de não se extrair, com segurança, qual a extensão que se buscava assinalar ao princípio, deixando dúvidas interpretativas e abrindo-se a críticas sintomáticas de uma velha polêmica já conhecida. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 20/21. GHIARA também chama a atenção para as escassas notícias dos trabalhos da comissão de redação responsável por organizar os trabalhos das Subcomissões, o que não permitiria identificar se a modificação tivera como propósito limitar a abrangência do princípio a uma regra de tratamento, deixando de fora a regra de juízo. No entanto, assinala que as declarações do próprio presidente da Comissão, a quem se reconhecia como patrono da alteração redacional, declarava sua adesão às noções originárias da garantia, que, segundo o professor italiano, estavam atreladas ao âmbito probatório. GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di ‘non colpevolezza’ e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, p. 82/84, jan./mar. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020. Em sentido diverso, DOMINIONI afirmara que a recuperação dos debates nas diversas sessões permitiria concluir que, apesar de a liberdade do cidadão ter sido ponto central da garantia processual, a plena recuperação da presunção de inocência não fora totalmente compartilhada. Pelo menos dois pontos restariam lacunosos, a saber, um de caráter dogmático a precisar com exatidão a fórmula da garantia; outro, mais pragmático, dizia respeito à necessidade de introduzir uma garantia que não produzisse antinomias praticamente inevitáveis com a legislação vigente. Sobre a posição de DOMINIONI, v. BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro, op. cit., p. 26/27.

originadas daquela ala doutrinária ainda atrelada a concepções técnico-jurídicas, como afirmara na época o presidente da *I Sottocommissione*, TUPINI.<sup>154</sup>

É importante frisar, a esse respeito, que, apesar de algumas críticas no sentido de que a expressão *presunzione di non colpevolezza* significaria uma redução do alcance da garantia se comparado a *presunzione d'innocenza*,<sup>155</sup> foi de um parlamentar defensor desta última terminologia e membro da *I Sottocommissione*, MORO, a observação de que seria, na ocasião, prudente optar por “*una formula meno drastica, ma che comunque fosse in sintonia con lo spirito della norma*”, além de ter se pronunciado na sessão de 27 de janeiro de 1947 no sentido de que “*questa formula è apparsa un modo più chiaro per esprimere quel concetto che (...) esprimono tutti coloro che presumono il reo innocente finché non si stato definitivamente condannato*”.<sup>156</sup>

Com o clima político no país e os acontecimentos imediatamente posteriores, logo se revelara que a constitucionalização não encerrou a polêmica em torno do princípio da “*presunzione di non colpevolezza*”, seja pela postura doutrinária de alguns autores que simplesmente ignoraram qualquer inovação advinda da redação do art. 27, *comma 2*, da *Costituzione*, cujo exemplo mais eloquente foi MANZINI e sua edição do Tratado de 1952, com conteúdo similar à edição precedente, seja pelo debate que se implantou no âmbito interpretativo do preceito, frequentemente reduzido a uma hierarquia puramente ordinária e preterido em nome da dicotômica classificação das normas constitucionais em preceptivas ou programáticas.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro, op. cit., p. 28.

<sup>155</sup> Para GHIARA, a expressão “*non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*” apontava inegavelmente e do ponto de vista terminológico a garantia de tratamento do imputado, ao afastar a expressão *presunzione* diretamente relacionada ao âmbito probatório e criava um critério temporal ligado à condenação definitiva do sujeito. GHIARA, Aldo, op. cit., p. 82/84. Para ILLUMINATI, a expressão substituída (*presunzione d'innocenza*) já tinha uma consolidação histórica e uma valência extremamente clara, enquanto a escolhida era contraditória e ambígua, resultado de uma opção pouco feliz do ponto de vista técnico e político, em nome da tentativa de atender a um excessivo formalismo da terminologia mais adequada ou, ainda, tentar evitar as polêmicas doutrinárias conciliando à força os opostos. Na prática, segundo o autor, acolheu-se uma expressão confusa e permeável às mesmas críticas técnico-jurídicas que se pretendiam evitar. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 20/21.

<sup>156</sup> BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappichelli, 2009, p. 28. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020. “Esta fórmula pareceu um modo mais claro para exprimir esse conceito que...exprimem todos aqueles que presumem o réu inocente enquanto não esteja definitivamente condenado” (tradução do autor)

<sup>157</sup> ILLUMINATI, Giulio, op. cit., p. 22 e ss. Aliás, a estratégia de utilizar a classificação de normas constitucionais de caráter meramente programático para amesquinhar a eficácia normativa da presunção de inocência foi utilizada também no Brasil, em julgados do TJ/SP, segundo notícia GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 33/34.



Por fim, a internacionalização da presunção de inocência, prevista em Declarações de Direitos e Tratados, erigiu a garantia à estatura de direito humano com reconhecida relevância no âmbito das relações políticas entre indivíduos e Estados, não sendo mais possível minimizar a importância central que o tema afeta nas sociedades que se pretendem democráticas.

Alguns autores vão referir que o art. 11 da DUDH incorpora ao ideário internacional a noção de presunção de inocência originária da *common law*, notadamente por sua feição de caráter probatório própria do modelo acusatório,<sup>158</sup>sendo recomendável, entretanto, recordar que nem todos concordam com a ideia de que a presunção de inocência, como regra de juízo ou como norma de distribuição probatória, fosse desconhecida da tradição continental.

A dimensão protetiva da garantia em destaque ganha novos contornos após o Segundo pós-Guerra, tanto pela constitucionalização em diversos países, assumindo uma feição de direito fundamental, quanto pela assunção de compromissos internacionais por parte dos Estados, dois fatores que têm desdobramentos teóricos e práticos relevantes como adiante se verá.

Com efeito, os contextos políticos têm sido historicamente determinantes para a configuração dos mecanismos processuais penais e estes, de alguma forma, são manifestações essenciais de um determinado regime, conclusão, aliás, a que chega MORAES ao analisar os instrumentos de persecução penal romanos e da alta e baixa idade média, afirmando que não fizeram mais do que representar a trajetória de um direito penal do inimigo, sem qualquer respeito à presunção de inocência.<sup>159</sup>

Como se disse, não há neste momento pretensão de uma investigação histórica sobre essas questões, mas algumas notas são importantes para situarmos adequadamente o objeto em análise e ressaltar as interferências jurídicas, políticas e culturais a que está submetida a presunção de inocência.

Embora a presunção de inocência tenha sido, mesmo antes de 1988, pauta em julgamentos e abordagens doutrinárias no Brasil de forma mais tímida do que nos anos recentes, é inegável que o ambiente político, jurídico e cultural pós-CF/88 sugere novas abordagens e permite novas perspectivas para formulação de um desenho constitucionalizado do direito de todos à condição de inocência. E o quadro institucional em que essa abordagem se dá é

---

<sup>158</sup> PELUSO, Antonio Cezar. **Presunção de inocência**: VI Encontro AASP. Aula Magna do Min. Antonio Cezar Peluso. Revista Brasileira de Advocacia, São Paulo, v. 1, p. 231-245, abr/jun. 2016; ILLUMINATI, Giulio, op. cit., p. 27.

<sup>159</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 63 e 70.

permeável a algumas tendências jurídicas e culturais eventualmente originárias de outros povos e de suas produções doutrinárias e jurisprudenciais. Entre experiências e expectativas, forjam-se cenários eventualmente distintos dos passados.

O tópico seguinte tem justamente a pretensão de trilhar parte deste caminho de caracterização do princípio da presunção de inocência a partir das ideias-força que lhes inspiram.

### 2.2.2 Diretriz política e jurídica do devido processo legal e vetor axiológico, interpretativo e de critério de legitimação do ordenamento jurídico

O ingresso na abordagem do tema propõe que a positivação do estado de inocência na CF/88 implica uma escolha constituinte por um modelo de sistema penal em que os direitos fundamentais e as garantias processuais sejam preordenadas e efetivamente aplicadas em favor de pessoas suspeitas e/ou acusadas, revestindo toda a atividade investigativa e repressiva de contornos rígidos em favor da proteção da inocência e com potencial de ampliação das hipóteses de incidência do direito-garantia para um ambiente mais elástico e mesmo externo aos órgãos públicos, além de claramente orientar e limitar a atuação estatal, em todas as esferas, legislativa, executiva, judiciária.

Quer isso dizer que se trata, de fato, de uma escolha com conotação política<sup>160</sup> dos constituintes em que “a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema”.<sup>161</sup> A simples afirmação constitucional, entretanto, não encerra a temática, implicando, pelo contrário, num conturbado cenário de disputa ideológica em torno de seus possíveis significados.

O “pessimismo” sobre os obstáculos que eventualmente se fariam encontrar para a concretização do princípio caracterizou a introdução ao tema por GOMES FILHO, numa das obras nacionais pioneiras acerca do assunto, em que o autor reconhecia a relevância e validade de tratar sobre a “presunção de inocência”, ainda que a eficácia do princípio não estivesse

---

<sup>160</sup> “A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar este princípio, é como garantia política do cidadão”, afirma BADARÓ, creditando ao caráter de princípio político a essência da presunção de inocência como um princípio de natureza essencialmente atrelada ao Estado de Direito e a um processo acusatório a ele inerente. BADARÓ, Gustavo. **Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não valoração de provas em recurso especial e extraordinário.** Disponível em: <<https://bit.ly/3lcmEU7>> Acesso em 14 abril de 2020.

<sup>161</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

assegurada diante de uma realidade conturbada e de uma dramaticidade intencional do fenômeno da criminalidade, “estimulando o sentimento de insegurança do cidadão comum em face da delinquência, com o objetivo de justificar o crescente controle da sociedade civil pelo Estado, através do reforço constante do aparato repressivo”.<sup>162</sup>

Aliado a esse componente social, o autor acrescia ainda uma clara contaminação da disciplina processual penal pelos influxos ideológicos autoritários que inspiraram o código de 1941 e as legislações casuísticas “revolucionárias”, tudo a confluir, segundo aponta, pelo menos num primeiro momento, para um caráter apenas “político-retórico” do princípio, tendente a inculcar na cabeça do cidadão uma ideia de que o sistema repressivo penal funciona de acordo com as garantias fundamentais para o acusado.<sup>163</sup>

Aquele pessimismo imediato, no entanto, não o demoveu de avançar no tema e as experiências acumuladas desde então também não recomendam o abandono da temática atualmente. Continua sendo de suma importância a consolidação de um estatuto mínimo da inocência e a afirmação de uma gramática jurídica sólida, ainda que sempre incompleta, para apresentar contornos admissíveis ao princípio em estudo.

A conotação política que o estado de inocência carrega apresenta-se nesse cenário como genuinamente introdutória às demais expressões desse direito-garantia fundamental, e no que mais especificamente diz respeito a esta pesquisa, à exigência constitucional e convencional de tratamento.

Com efeito, a interpenetração entre as diversas projeções do princípio da presunção de inocência, embora não inviabilize uma pretensa abordagem isolada de cada uma dessas manifestações, exige um cuidado redobrado para que, ao examinar uma das múltiplas facetas em que se expande, não se negligencie na necessária conexão lógica e normativa com as demais expressões da garantia.

Parece pouco recomendável introduzir a temática sem atentar para a peculiar situação brasileira, que só depois de superar o regime civil-militar instaurado no país a partir de um golpe de estado em 1964 teve uma manifestação explícita de estatura constitucional como resposta às atrocidades cometidas pelas agências estatais durante o regime ditatorial.

Foi justamente em 1988 que se positivou de forma inédita a proteção constitucional da inocência no art. 5º, LVII, CF. Como diz GRANDINETTI DE CARVALHO, a “Constituição

---

<sup>162</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

<sup>163</sup> Ibid, p. 2.

em todos os momentos reafirma o compromisso de romper com as fórmulas deterioradas do período autoritário experienciado no país”.<sup>164</sup>

Trata-se de um patrimônio constitucional com forte valor não só jurídico, mas político e com forte conotação histórica “que se nega a calar a boca”, porque, como diz GALEANO, “não há história muda” e faz parte de manter a memória viva, não apenas contemplando a história, mas fazendo-a recordar o passado para nos “livrarmos de suas maldições”.<sup>165</sup>

Merece relevo, aliás, o fato de que, muito embora a presunção de inocência tenha ganhado destaque internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em dezembro de 1945,<sup>166</sup> o que não fora ocasional como advertiu ILLUMINATTI,<sup>167</sup> e mais tarde com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966),<sup>168</sup> o princípio já havia sido estabelecido no art. XXVI da Declaração Americana dos Direitos Humanos, firmada na Nona Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá em maio de 1948, texto que preparara o caminho para a CADH.<sup>169</sup> Entretanto, a experiência democrática brasileira ainda recente e cambaleante após o fim do Estado Novo sofreu uma nova e abrupta ruptura<sup>170</sup> que

---

<sup>164</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 20 jun. 2020.

<sup>165</sup> GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**. A escola do mundo ao avesso. São Paulo: L&PM, 1999, p. 216.

<sup>166</sup> De fato, em 16 de fevereiro de 1946, no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, decidiu-se que a Comissão de Direitos Humanos deveria desenvolver seu trabalho em três etapas. A primeira, com a formulação de uma Declaração de Direitos; a segunda, por meio de um documento jurídico de caráter vinculante; e por fim, a criação de uma estrutura capaz de assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar dos casos de sua violação. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641156>. Acesso em 02 jul. 2020.

<sup>167</sup> ILLUMINATI, Giulio; CAPPARELLI, Bruna. O processo penal como “direito constitucional aplicado”. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Direito penal e política criminal**. Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS; II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal; XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS. PUCRS, 2015, Porto Alegre, pp. 35/48.

<sup>168</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, tendo entrado em vigor para o Brasil no âmbito internacional em 24 de abril de 1992, três meses após o depósito da Carta de Adesão.

<sup>169</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, tendo entrado em vigor para o Brasil no âmbito internacional em 25 de setembro de 1992, data de depósito da Carta de Adesão. A sujeição à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entretanto, só ocorreu a partir de dezembro de 1998, com o Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998.

<sup>170</sup> A década de 1960 testemunharia a derrocada da primeira experiência democrática brasileira que, segundo MURILO DE CARVALHO, desdobrava-se em três componentes: um político, de inserção do povo na política, inicialmente com os movimentos sociais dos anos 30 e a partir de 1945 nas eleições; o segundo, a transformação das Forças Armadas que passaram de fator de instabilidade na política para um papel de tutela dos governos civis, intervindo em 1945, 1961 e 1964. Por fim, o forte impacto da Guerra Fria que colocou sob o trabalhismo a suspeita de comunismo. CARVALHO, José Murilo de. Fim de experimento democrático. In: 130 anos: **Em**

prejudicaria severamente o desenvolvimento teórico e prático da garantia em favor da liberdade dos cidadãos.<sup>171</sup>

A rigor, a adesão integral aos documentos internacionais mencionados não ocorreu durante o regime militar. De fato, as duas Declarações de Direitos são de 1948 e as Convenções que assumiriam efetivamente uma feição jurídica e vinculante só foram adotadas no Brasil em 1992. A par dessa questão, é de se destacar que o caráter vinculante da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos nunca foi um consenso.<sup>172</sup>

Nesse ambiente conturbado, não parecia possível uma plena aplicação da presunção de inocência por parte dos órgãos judiciários ou o respeito merecido à garantia por parte das agências estatais envolvidas<sup>173</sup> em investigações clandestinas e criminosas que se difundiram num período de terror em que prisão ilegal,<sup>174</sup> assassinatos, desaparecimento forçado e tortura transformaram-se em estratégias comuns de eliminação de inconvenientes posições ideológicas divergentes (o aparentemente interminável “anticomunismo”) e de “extorsão da verdade”.<sup>175</sup>

---

**busca da república.** BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo; FALCÃO, Joaquim; TRINDADE, Marcelo; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon (org). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 146/147.

<sup>171</sup> Conforme FALCÃO, o país viveu, durante a ditadura civil-militar, uma peculiar conjuntura de dupla legalidade, em que os interesses econômicos privados são ciosamente protegidos por normas jurídicas previsíveis e obedecidas, enquanto os direitos políticos são seletiva e arbitrariamente violados em nome de um enfrentamento aos inimigos públicos e para garantia da ordem política e social. A dupla legalidade divide-se em dois ordenamentos jurídicos. “Na política um arbítrio legalizado, com a flagrância do *rule of law*. Na economia, a suda ordem jurídica liberal. Aquela necessária para viabilizar esta”. Dentro do Direito rivalizam pelo menos quatro doutrinas principais. No formalismo legal, ou seja, uma legalidade sem conteúdo democrático, subdividem-se um formalismo liberal constitucional para reger a vida econômica empresarial, enquanto um formalismo institucional ditatorial acena com uma pretensa neutralidade e racionalidade, mas opera na preponderância da força física. Em terceiro lugar, há uma oposição a esse formalismo jurídico fundamentada numa concepção jusnaturalista do Direito que aposta em movimentos de proteção aos direitos humanos. Por último, o movimento do direito alternativo apelando para um direito não estatal, de âmbito social. FALCÃO, Joaquim. A pirâmide de duas cabeças. In: 130 anos: **Em busca da república.** BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo; FALCÃO, Joaquim; TRINDADE, Marcelo; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon (org). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 150/151.

<sup>172</sup> Para COMPARATO, entretanto, a rejeição ao caráter vinculante da Declaração de 1948 estava profundamente arraigada a um aspecto exclusivo formal, com o qual o autor não concordava. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641156>. Acesso em 02 jul. 2020.

<sup>173</sup> Uma exposição dessa articulação entre vários órgãos públicos envolvidos na repressão política “legitimada” pelo enfrentamento à “criminalidade subversiva” contra a Segurança Nacional pode ser consultada no capítulo 4 do Relatório da Comissão Nacional da Verdade. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (Brasil). **Relatório final da Comissão Nacional da Verdade.** Parte II: As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos. Órgãos e procedimentos da repressão política (capítulo 4). Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>. Acesso em 20 abr. 2020.

<sup>174</sup> “Até hoje não foi possível fazer um levantamento abrangente das vítimas da repressão política brasileira, mas sabe-se que somente nos primeiros meses após o golpe de 1964 cerca de 50 mil pessoas foram presas no país”. TELES, Janaina de Almeida. Apresentação - Ditadura e repressão no Brasil e na Argentina: paralelos e distinções. In: CALVEIRO, Pilar. **Poder e desaparecimento.** Os campos de concentração na Argentina. Trad. Fernando Correa Prado. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 9.

<sup>175</sup> Segundo CAMARGO, que se dedicou a investigar como ocorreu a introdução da presunção de inocência no Brasil após 1948, sobretudo a partir de jurisprudência selecionada, no período que segue desde a DUDH até pelo menos 1971, colhia-se da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF, TFR) uma posição majoritária

A experiência de um regime autoritário e de um modelo de atuação repressiva e ilegal por parte dos órgãos militares e policiais durante o período do regime civil-militar (1964-1985) é, a nosso ver, o antecedente histórico mais recente, de maior impacto e de decisiva influência para a formatação de uma conjuntura jurídico-constitucional de ruptura com o modelo jurídico repressivo então vigente.

A CF/88 foi um aceno para os novos tempos que se anunciavam no horizonte normativo como um desejado avanço em direção à efetividade de direitos e garantias fundamentais em favor dos indivíduos e, mais especificamente no âmbito penal e processual penal, com um catálogo generoso e indispensável de novas exigências normativo-constitucionais. E, dentre esses direitos e garantias, figurava de forma inédita a presunção de inocência, agora com estatura até então desconhecida no âmbito nacional.

Surgia a presunção de inocência em sua versão constitucional em meio a uma natural expectativa de que fosse acolhida no meio jurídico e praticada institucionalmente, para servir não como uma simples presunção no sentido técnico do termo, mas sobretudo como uma presunção política para contrastar com os influxos que a polícia exercita sobre a justiça,<sup>176</sup> ou como dizem CASARA e MELCHIOR, como uma proposta de segurança para o corpo social, a fim de conter o poder arbitrário do Estado e as condenações de inocentes que tornam a violência ilegítima igual ou ainda pior do que a cometida pelo sujeito criminalizado.<sup>177</sup>

---

de identificação da presunção de inocência com o princípio *in dubio pro reo*, limitando-o, portanto, ao âmbito interpretativo e aplicável na decisão judicial em casos nos quais subsistisse dúvida sobre a culpa do acusado. Já durante a ditadura militar a autora aponta que a presunção de inocência foi absolutamente ignorada do ponto de vista prático, administrativo e político. A afirmação baseia-se justamente nos relatados episódios de torturas, prisões ilegais, perseguições a dissidentes políticos e em algumas medidas sintomáticas lançadas por meio de Atos Institucionais. Nesse caso, com destaque, ela aponta três medidas flagrantemente contrárias à garantia mencionada fixadas no AI-5, quais sejam: a suspensão de direitos políticos por até 10 anos; a suspensão da garantia do *Habeas Corpus* em casos de crimes políticos e a exclusão do controle jurisdicional sobre atos praticados com base no mencionado AI-5. Tais medidas, ao afetarem diretamente a liberdade do indivíduo o faziam ao arrepio do controle judicial, justamente onde, por meio de processo, é que se poderia garantir o respeito à presunção de inocência. CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 144/154, 173, 179/180, 181/182.

<sup>176</sup> Adaptamos aqui a opinião de Pasquale Saraceno veiculada nos anos 40, segundo ILLUMINATI: “não se trata de uma presunção no sentido técnico, mas se trata de uma presunção “política”, no sentido de contrastar o influxo que a polícia exercita sobre a justiça, que equivale a dizer que “porque tudo deixa presumir que o sujeito seja provavelmente culpado, nós temos que considerá-lo como se fosse inocente” ILLUMINATI, Giulio; CAPPARELLI, Bruna. O processo penal como “direito constitucional aplicado”. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Direito penal e política criminal**. Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS; II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal; XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS. PUCRS, 2015, Porto Alegre, pp. 35/48.

<sup>177</sup> CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, v. I, p. 509.

Especificamente quanto à trajetória na Constituinte, a redação que depois viria ser incorporada ao texto constitucional foi objeto das sugestões n.º 03038 de 05-05-1987 e 07121 de 14-05-1987 do constituinte José Ignacio Ferreira, embora com alguns ajustes.<sup>178</sup>

De fato, a primeira proposta<sup>179</sup> de redação contida no Anteprojeto do Relator na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais assentava: Art. 1º, §10: Considera-se *inocente* todo *cidadão*, até o trânsito em julgado de sentença *penal* condenatória.

Grifamos alguns termos que podem ajudar na compreensão do tema. O histórico das alterações propostas pelos constituintes permite concluir que em momento algum houve a aprovação de quaisquer medidas tendentes a reduzir o grau de alcance da redação inicial. Pelo contrário, as emendas n.º 294 e 351 ao Anteprojeto do Relator buscavam substituir a expressão cidadão por “pessoa” ou “indivíduo” de forma a tornar a garantia mais abrangente, revelando nesse aspecto a clara conotação política da garantia, já que na visão dos parlamentares que a propuseram, o termo inicialmente utilizado podia restringir o alcance da norma, dado “que supõe a titularidade ou preenchimento de direitos e condições de natureza política”.

Na visão dos constituintes Sigmaringa Seixas e Ana Maria Prattes, os direitos individuais aí contidos deveriam abranger todas as pessoas, independentemente de serem cidadãs ou não. No mesmo contexto, a expressão “penal” era suprimida por proposta da emenda n.º 10 a fim de não limitar a garantia aos processos penais.

Com a mesma redação inicialmente apresentada, o Anteprojeto da Subcomissão também recebeu proposta de emenda n.º 627 na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, que buscava substituir o termo *cidadão* por *indivíduo* a fim de conferir maior abrangência do direito aí previsto. Também se procurava suprimir o termo *penal* com a emenda n.º 315. Acolhidas em parte as sugestões, a nova redação proposta no substitutivo do Relator e acatada no Anteprojeto da Comissão foi assim redigida: art. 3º, XIX, g: presume-se a *inocência* do *acusado* até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Incorporada à redação pela Comissão de Sistematização no Anteprojeto e no Projeto de Constituição, o texto passou por modificações importantes mediante as emendas de Plenário e

---

<sup>178</sup> As referências a seguir mencionadas sobre as propostas e emendas na Constituinte foram retiradas do livro: **A construção do art. 5º da Constituição de 1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara 2013. (Série Obras comemorativas, homenagem n.º 9). A íntegra dos textos pode ser consultada no CD disponível com o livro, mas também está disponível no portal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, onde, inclusive, o acervo da Constituinte é bem mais amplo.

<sup>179</sup> A presunção de inocência foi também incorporada no art. 43, § 7º do Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985 – a chamada Comissão dos Notáveis. A redação sugerida fora vazada nos seguintes termos: “Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”.

populares n.º 11802 e 11998, ambas de autoria do senador constituinte José Ignacio Ferreira e acolhidas no Substitutivo do Relator.

Na ocasião, trazendo à tona a ampla conotação política da garantia então em debate e as razões de ordem histórica e prática que exigiam medidas efetivas do constituinte, o senador propunha inicialmente o que considerava uma correção terminológica relevante, substituindo o termo *acusado* por *imputado*.

A importância, segundo apontava, estava no fato de que o termo acusado circunscrevia-se a quem já estava sendo processado, além de a expressão, ao se referir ao réu em processo criminal, conter uma carga semântica mais pesada. Com a alteração a garantia alcançaria também os investigados. Por fim, o proponente refere que a expressão já constava na Constituição Italiana e, apesar de um aparente equívoco de tradução, de redação ou mesmo de compreensão quanto ao texto italiano,<sup>180</sup> revela com clareza a relevância da garantia em debate. Nas palavras do constituinte:<sup>181</sup>

É necessário que ao lado da proclamação do esquecido direito de que é presumir-se sempre a inocência do cidadão, sejam afastadas as interpretações judiciais, e revistas a legislação que permite ao poder público cometer verdadeiras violências contra o cidadão indefeso, que não é apenas imputado de uma falta, mas que considera, de antemão, réu e crime, e como tal é tratado desde a identificação criminal, além dos corretivos e das torturas que se aplicam nas prisões brasileiras, onde a violação dos direitos do cidadão é o pão nosso de cada dia.

Não se luta por um aprimoramento apenas de linguagem. O que se quer é que numa democracia participativa o cidadão se sinta em sua integridade física e moral, e só após o devido processo legal, e esgotados os recursos da lei, possa vir a ser identificado criminalmente, chamado de réu querelado, ou outra expressão do Direito Processual Penal, mas nunca, e desde logo, designado como acusado, dando sempre a conotação de culpa.

De fato, apesar do uso aparentemente confuso de termos próprios do direito processual penal, fato é que o constituinte conseguiu captar bem a importância da garantia em discussão naquele momento e expressou de forma precisa que a toda pessoa deve-se dispensar um tratamento adequado e protegê-la das iniquidades e ilegalidades cometidas por agentes do Estado.

O próprio senador viria apresentar aquela que finalmente se tornou a redação atual contida no inciso LVII do art. 5º da CF/88. Com a emenda de plenário n.º 11998 propôs que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, redação acolhida pelo Substitutivo do Relator no Projeto inicial apresentado em Plenário e por

---

<sup>180</sup> Nossa afirmação deve-se ao fato de que a justificativa da emenda menciona a redação da Constituição Italiana nos seguintes termos: o imputado não é considerado réu até a condenação definitiva.

<sup>181</sup> Emenda 11802, apresentada em 12-08-1987, pelo Senador José Ignacio Ferreira (PMDB/ES).



fim na Emenda Substitutiva do Centrão n. 2038, até ser aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte.

A reconstrução abreviada dessa trajetória até a incorporação da proteção da inocência na CF/88 permite-nos asseverar que a norma está carregada de uma importância política cuja posituação buscava não só estabelecer uma garantia necessária contra os abusos de poder, mas sobretudo que fosse norma de abrangência o mais ampla possível, tudo em reconhecimento e denúncia ao passado autoritário em que se acumulam episódios de menoscabo à liberdade física e moral das pessoas que viviam no país.

Ademais, a alteração de redação não fora mobilizada por quaisquer divergências teóricas sobre presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade com pretensão de proporcionar eventuais restrições no âmbito de aplicação da norma a exemplo do que ocorrera na experiência italiana.

Pelo contrário, embora tenha mencionado a Constituição Italiana, o constituinte não trouxe para debate essa questão,<sup>182</sup> sendo digno de nota que a alteração redacional promovida por sugestão de José Ignacio Ferreira visava justamente “caracterizar mais tecnicamente a denominada ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”.<sup>183</sup>

Ainda que a redação aprovada pudesse representar alguma desatenção pela escolha de uma terminologia mais próxima daquela utilizada na Itália, em essência, como diz MORAES, o constituinte “jamais se afastou da força juspolítica e ideológica da presunção de inocência, nos moldes aceitos e informados pela comunidade internacional pós-guerra”.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Essa é também a conclusão a que chega MORAES ao examinar os anais da Constituinte. Nas suas palavras: “A reconstrução empreendida dos debates constituintes tem como finalidade demonstrar que, desde o seu primeiro instante, na fase pré-Constituinte, as citações e referências tanto à ‘presunção de inocência’ quanto à ‘presunção de não culpabilidade’ foram feitas pelos constituintes em sinonímia”. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 220. Em sentido discordante GOMES sugere que a redação final do inciso LVII teria sido propositalmente elaborada de forma dúbia e que teria sim incorporado a inspiração italiana para fixar uma garantia de neutralidade em relação à posição do acusado no processo penal. Apesar de sua opinião agora exposta, na sequência o autor revela a incompatibilidade das pretensões constituintes com o que ele considerava o tríplice significado processual da presunção de inocência: como regra probatória, regra de juízo e regra de garantia. GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (org). **Doutrinas Essenciais**. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

<sup>183</sup> Emenda 11998, apresentada em 12-08-1987, pelo Senador José Ignacio Ferreira (PMDB/ES).

<sup>184</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 221.

Aliás, mesmo na Itália há opiniões abalizadas de que a distinção não guarda tanta importância. Como adverte PISANI, pouco importa se antes de inocência se fala em não culpabilidade. Para o autor italiano essa distinção trata apenas de uma variante linguística que não atenua a importância conceitual e a aplicação prática da formulação normativa.<sup>185</sup>

Pelo contrário, afirma que reforça a norma<sup>186</sup> e acrescenta o autor que a presunção de inocência coloca em causa um princípio novo a iluminar todo o processo penal e assegura ao imputado uma posição jurídica perante a pretensão punitiva do Estado, diversa daquela que vigia no ordenamento precedente.<sup>187</sup>

Parece intuitivo que a CF/88, em significativas oportunidades, contribui para uma compreensão da liberdade como direito fundamental, cuja limitação deve orientar-se por uma complexa relação normativa, mas operando sempre como uma exceção. Pode-se extrair uma conclusão, nesse sentido, da própria positivação do direito fundamental à liberdade, no *caput* do art. 5º, mas também do princípio da reserva legal, da legalidade e da anterioridade penal, das regras atinentes à possibilidade de prisão, dentre outras.

E é nesse contexto que a mais contundente forma lícita de limitação da liberdade (pena), veiculada por meio do processo penal, encontra (ou deveria encontrar) uma barreira de estatura constitucional no respeito ao estado de inocência,<sup>188</sup> que irradia seus efeitos em todo o sistema

---

<sup>185</sup> PISANI, Mario. “L'assoluzione per Insufficienza Di Prove: Prospettive Storico-Sistematiche.” *Il Foro Italiano*, vol. 90, no. 5, 1967, pp. 67/68–79/80. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/23156767. Accessed 25 June 2020; no mesmo sentido GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 41, p. 1168-1200, 1998. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=24308](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=24308). Acesso em: 11 fev. 2021. Em sentido similar, defendendo identidade de conteúdo entre as expressões “inocente” e “não culpável”, apenas variantes semânticas, mas equivalentes do ponto de vista processual, dentre outros autores, V. LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620101>. Acesso em 10 jul. 2020.

<sup>186</sup> PISANI, Mario, op. cit., p. 67/68.

<sup>187</sup> A superação da distinção entre as terminologias e a suposta diferença de conteúdo que veiculam é aplicada pelo autor ao concluir que a absolvição por insuficiência de provas é incompatível com a presunção de não culpabilidade entendida como regra de juízo, posto que ao assegurar a inocência em caso de dúvida, o princípio em causa afastaria qualquer posição intermediária entre a sentença condenatória e a sentença absolutória. PISANI, Mario, loc. cit.

<sup>188</sup> Como afirma GIACOMOLLI, “em essência, o ser humano nasce inocente, permanece inocente até que o Estado afaste esse estado natural e jurídico, de modo consistente, através do devido processo constitucional”, acrescentado ainda que todas as pessoas estão sob a proteção do estado de inocência ainda que não estejam submetidas a procedimento algum. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103/104. BINDER, embora aparentemente tenha o mesmo propósito de GIACOMOLLI, apresenta fundamentação um pouco diferente, em que o estado natural de todo indivíduo é o de liberdade e não o de inocência. Este último é um conceito relacional que diz respeito ao indivíduo somente quando está de alguma forma submetido a uma investigação ou a um processo penal, num estado de suspeita. Livre de qualquer suspeita, a situação não é de inocência, mas de liberdade, sem referência alguma ao direito ou ao processo penal. Ou seja, a proteção da inocência começa justamente a partir do momento em que o indivíduo está sujeito a aplicação das normas penais e processuais penais. BINDER, Alberto. M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. Ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 124.

jurídico penal e processual, ostentando normatividade suficiente para orientar a legislação ordinária e servir como parâmetro de controle sobre a legitimidade constitucional de atos restritivos de direito e como critério de delimitação das atividades do poder sancionatório.<sup>189</sup>

A esse respeito, GOMES FILHO adverte que, dentre as várias facetas que a garantia poderia assumir, cabe compreendê-la primeiro como uma presunção política, porque ela deve ser tomada prioritariamente pelo conteúdo ideológico que exprime uma orientação de fundo ao legislador, “qual seja a garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal”, constituindo-se assim num “princípio informador de todo o processo penal” concebido como um instrumento voltado à aplicação de sanções, mas orientado pelos valores da dignidade da pessoa humana.<sup>190</sup>

A presunção de inocência é antes de tudo um princípio político que conecta os direitos fundamentais ao processo. Trata-se do princípio reitor do processo penal, que ostenta essa característica de um conector político a partir do qual, de alguma forma, são vinculadas outras garantias fundamentais à proteção do inocente e inerentes ao devido processo legal, como são o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, a publicidade, o direito ao silêncio e o de não fazer prova contra si mesmo.<sup>191</sup>

Dada a característica reitora do princípio, LOPES JR e GLOECKNER chegam a afirmar que “podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância”.<sup>192</sup>

Na mesma linha, na visão de GRANDINETTI DE CARVALHO é uma presunção legal de natureza política, “um princípio político que conecta o processo penal com as escolhas político-constitucionais que o hospedam e governam”. Portanto, não se trataria de uma presunção judicial propriamente dita.<sup>193</sup> Para o autor, de fato, não faz sentido limitar o princípio

---

<sup>189</sup> Em sentido similar GOMES FILHO, “Como norma hierarquicamente superior, que consagra valores especialmente dignos de proteção no Estado de direito, a *presunção de inocência* estabelece uma *diretriz* a ser seguida em todas as atividades estatais concernentes à repressão penal, tanto a legislativa como as administrativa e judicial, orientando comportamentos e, especialmente, a seleção e interpretação de outras regras utilizadas na solução das hipóteses duvidosas”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão processual na Lei 12.403, de 2011*. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (org). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartien Latin, 2012, p. 435/444.

<sup>190</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 36/37.

<sup>191</sup> LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

<sup>192</sup> LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

<sup>193</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 20 jun. 2020.

constitucional, de natureza política, “a uma noção semântica do termo técnico *presunção*, até porque, como assinalou Bellavista, trata-se de uma regra-chave do processo penal, verdadeira diretriz que concretiza a ponderação dos bens segurança social e direito à liberdade”.<sup>194</sup>

No mesmo sentido são as ponderações de Paulo TOVO e João Batista TOVO.<sup>195</sup> Para ambos a CF/88 evidentemente viria iluminar todo o Direito com seus princípios e notadamente o processo penal, que tem por fim último a tutela da liberdade. E vão ainda mais longe: assinalam a supraestatalidade do princípio da presunção de inocência, ao colocar o princípio como uma conquista civilizatória inderrogável até mesmo por uma nova Constituição.

Nas suas palavras:

Não se pense, no entanto, que o poder constituinte é absoluto, que possa construir antigas estruturas, criando tudo novo. Há certas conquistas da Humanidade que são intocáveis. Há certos princípios dotados de supra-estatalidade, diria Pontes de Miranda (ao menos nos estados de direito), como o são, por exemplo, o da mais ampla defesa, o do contraditório, o da igualdade das partes e o da presunção de inocência.

Dizem expressamente sobre o princípio insculpido no inciso LVII que “não se trata nem de presunção, nem de inocência”, mas sim da proteção dos inocentes que apresenta como o primeiro dos princípios cardinais do processo penal.<sup>196</sup> O direito processual penal é o “direito protetivo dos inocentes”. Mas advertem: “inocentes não no sentido de santidade ou angelicalidade, mas, sim, de inocentes (não nocentes) da acusação que lhes é imputada”. Assim, afirmam, por mais evidente que seja o crime ou mais perverso que se mostre a pessoa imputada como criminosa, não se lhe poderá negar proteção jurídica durante a tramitação regular do inquérito ou do processo.<sup>197</sup>

No âmbito interpretativo, por exemplo, a projeção da presunção de inocência e da ampla defesa interpela o intérprete para que “as disposições de leis processuais penais que limitem ou restrinjam a liberdade do acusado ou o exercício do direito de defesa devem receber interpretação restritiva”.<sup>198</sup>

A ideia-força que rende à presunção de inocência uma posição destacada no catálogo principiológico dos ordenamentos jurídicos não é uma exclusividade de alguns autores

---

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>198</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord). **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, comentários ao art. 3º. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/34zCrWj>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 21 ago. 2020.

nacionais.<sup>199</sup> Ao contrário, essa concepção jurídico-política da presunção de inocência operando na centralidade do sistema processual penal goza hoje de uma acolhida em muitas opiniões a partir de experiências jurídicas diversas<sup>200</sup> com as quais, aparentemente, o ideário jurídico brasileiro preserva aproximações e semelhanças.

ILLUMINATI<sup>201</sup> afirma que o estado de inocência assume a posição de um pilar do direito processual moderno, correlacionando-se com outras garantias voltadas diretamente para a tutela da liberdade do imputado e indiretamente para a correção da sentença, consignando, inclusive, que o preceito configura um elemento unificador em torno do qual gravitam o direito à defesa e ao contraditório, a inviolabilidade da liberdade pessoal, a reserva da jurisdição e a imparcialidade do juiz.<sup>202</sup>

Acrescenta o autor italiano que, nessa perspectiva, o estado de inocência deixa de ser apenas uma tutela do imputado para transformar-se também num critério basilar da atuação judicial e um guia do acerto processual, superando uma compreensão meramente formal

---

<sup>199</sup> Entretanto, essa perspectiva não é uma unanimidade. FERRER BELTRAN, por exemplo, afirma que comumente se admite que o princípio opera, de um lado, orientando a atuação do legislador para estabelecimento de um processo penal com garantias processuais e, de outro, para o juiz na hora de aplicação do direito compatível com a presunção de inocência. Ficaria por se definir, no entanto, quais seriam os limites dessas orientações. Para o autor, o desdobramento jurisprudencial e doutrinário da presunção de inocência extraiu dela uma boa quantidade de garantias processuais. A partir do momento em que elas são constitucionalizadas passam a ser exigíveis como normas autônomas e a presunção de inocência no máximo dependeria dessas garantias. Se o legislador deve ordenar legalmente o processo penal de acordo com essas garantias, então não é necessariamente a presunção de inocência que orienta o processo penal, mas sim as garantias dela decorrentes e agora constitucionalizadas. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, 2018, Vol.4(1), pp.149-182. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/6>. Acesso 25 jul. 2020.

<sup>200</sup> Interessante é pensar que muitos países igualmente atravessaram no último século por períodos autoritários ou totalitários marcados por uma absoluta indiferença a qualquer dimensão de tutela da inocência que deveria nortear o processo penal, mas que assumiram um compromisso que gradativamente vai (ou deve ir) calibrando as novas tendências em âmbito penal e processual penal com princípios hoje admitidos em nível internacional. A propósito, como salienta GOMES, após o fim dos regimes fascistas e com o fim da Segunda Guerra Mundial, o continente Europeu, com poucas exceções, dentre elas Portugal e Espanha, cujos regimes autoritários só mais tarde foram superados, imediatamente fazem revigorar suas predisposições por regimes democráticos em que, naturalmente a presunção de inocência encontra projeção como corolário do ideário liberal (em sentido político). GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (org). **Doutrinas Essenciais**. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

<sup>201</sup> ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 5. Na Itália, a garantia da presunção de inocência consta do art. 27, 2 da Costituzione della Repubblica Italiana: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva". Disponível em: <http://www.senato.it/versionestampa/stampa.jsp?doprint=#>. Acesso em 04 jul. 2020.

<sup>202</sup> ILLUMINATI, Giulio; CAPPARELLI, Bruna. O processo penal como "direito constitucional aplicado". In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Direito penal e política criminal**. Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS; II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal; XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS. PUCRS, 2015, Porto Alegre, pp. 35/48.

representada pela legalidade para funcionar como base de uma decisão judicial adequada, indispensável para a aplicação de uma sanção penal.<sup>203</sup>

Como diz FERRAJOLI “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. Ademais, assinala que a “presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de segurança, ou, se quisermos, de *defesa social*” que se projeta no Estado de Direito e na confiança que os cidadãos podem ter na justiça e na defesa de seus direitos contra o arbítrio do poder punitivo.<sup>204</sup>

Portanto, “toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz”, adverte FERRAJOLI, “quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam”.<sup>205</sup>

Na Espanha,<sup>206</sup> por exemplo, PARDO propõe um elenco de importantes transformações havidas em decorrência da positivação do princípio da presunção de inocência: o caráter normativo da Constituição configura a presunção de inocência como direito fundamental de aplicação imediata; o direito à presunção de inocência deve ser interpretado de acordo com os compromissos internacionais assumidos pelo Estado; a presunção de inocência é um elemento essencial de interpretação de todo o ordenamento jurídico espanhol.<sup>207</sup>

Propondo uma leitura da presunção de inocência como vetor político de ampla magnitude, VEGAS TORRES considera admissível acolhê-la como “*criterio inspirador de todo el ordenamiento procesal penal, imponiendo el modelo procesal de corte liberal centrado em las garantías del inculgado frente a la actuación punitiva estatal*”. Nesse contexto, a

---

<sup>203</sup> ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 79/80.

<sup>204</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 506.

<sup>205</sup> Ibid, p. 507.

<sup>206</sup> A presunção de inocência está prevista no art. 24, 2, da Constitución Española: “2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”. Disponível em: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t1c2s1>. Acesso em 04 jul. 2020.

<sup>207</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. **La Presunción de Inocencia**. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 35.

presunção de inocência projetar-se-ia sobre todos os demais direitos e garantias fundamentais estabelecidos em favor da pessoa acusada.<sup>208</sup>

Para FENOLL, a presunção de inocência é um princípio chave do direito penal e do processo penal, funcionando como um princípio geral vocacionado a garantir a imparcialidade judicial do julgador e imunizá-lo, se possível, do prejuízo social de culpabilidade inerente às investigações e acusações criminais. Opera antes do processo, já na fase de investigação, durante o processo, sobretudo na produção das provas, e também no momento da sentença, como um critério de juízo favorável à defesa sempre que as versões acusatória e defensiva sejam equivalentes em termos de provas e probabilidades.<sup>209</sup>

Em Portugal,<sup>210</sup> a presunção de inocência tem também uma menção inédita na Constituição de 1976. Para VILELA a positivação da presunção de inocência simboliza um modelo de processo aspirado pela Constituição da República, em que se conciliam tanto a autoridade do Estado direcionada à defesa do interesse social, quanto a defesa individual de cada cidadão submetido ao poder punitivo.<sup>211</sup>

Desdobrando o princípio da presunção de inocência em múltiplas direções, seja no âmbito probatório, seja como norma de juízo, mas também como regra de tratamento e exigência de um julgamento em prazo razoável, PATRICIO conclui:

A presunção de inocência é, sim, um direito do arguido - e, por conseguinte (como todos os direitos), um comando dirigido ao legislador ordinário, impondo-lhe que as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a responsabilidade penal de factos apenas presumidos; impondo-lhe, em suma, que legisle no sentido de que não saia diminuído, direta ou indiretamente, o princípio da presunção da inocência do arguido (com alcance acima apontado); e um comando dirigido aos sujeitos processuais penais cujas esferas tanjam a esfera do arguido. O direito a ser presumido inocente e, por isso, a ser tratado e considerado como tal ao

<sup>208</sup> TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 38. “...critério inspirador de todo o ordenamento jurídico processual penal, impondo o modelo processual de corte liberal centrado nas garantias do imputado frente à atuação punitiva estatal” (tradução do autor).

<sup>209</sup> “Por ello, la presunción de inocencia queda reducida a lo único que quizás fue originariamente: un simple principio general orientador de la convicción judicial acerca de la inocencia, que trata de alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad”. FENOLL, Jordi Nieva. **La razón de ser de la presunción de inocencia**. Revista para Análisis del derecho. 2016. Disponível em: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/38809>. Acesso em 07 jul. 2020.

<sup>210</sup> A Constituição da República Portuguesa traz a presunção de inocência explicitamente no art. 32, 2: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em 04 jul. 2020.

<sup>211</sup> Para a autora portuguesa a constitucionalização tem reflexos importantes, que por sinal são muitos similares aos que apontamos no caso brasileiro. Afirma VILELA: a inserção como direito fundamental, de modo que passa a reger-se também pelas regras dos arts. 17 e 18 da CR/76; a especial condição da presunção de inocência exige a mínima restrição possível, sendo exigível dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e o reconhecimento dos meios adequados para tal proteção; trata-se de um direito fundamental com aplicação imediata, que dispensa a atuação do legislador para concretização, ostentando, portanto, natureza de garantia constitucional substantiva e não mera norma programática. VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 23/24.

longo do processo – “fora” do processo e “dentro” do processo -, vendo a contenção, a restrição e a negação dos seus direitos de cidadão terem o alcance mais restrito possível (qualitativa e quantitativamente) e o direito de não ser titular de um ônus de prova, a beneficiar de um princípio *in dubio pro reo* e a não ser um mero objeto de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele.<sup>212</sup>

Na Argentina, a garantia é comumente extraída no art. 18 da Constitución de la Nación Argentina<sup>213</sup> e segundo D’ALBORA goza de hierarquia constitucional também em razão do art. 75, 22, § 2º, da mesma Constituição.<sup>214</sup>

Merece destaque ainda a recente introdução do princípio de forma expressa no art. 3º do *Código de Proceso Penal Federal* promulgado em 09 de dezembro de 2014 pela Lei n.º 27.063.<sup>215</sup>

Para BINDER, o princípio de inocência, ao mesmo tempo uma decorrência e um fundamento político do juízo prévio, forma nessa combinação uma base estrutural de um processo penal voltado à contenção do abuso do poder arbitrário, que é a finalidade de todas as garantias do processo penal.<sup>216</sup>

<sup>212</sup> PATRÍCIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal**. Alguns problemas. Almedina, 2019, p. 47.

<sup>213</sup> **Artículo 18.**: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. Mas vale mencionar ainda o art. 1º do Código Procesal penal de la Nación: **Artículo 1º** - Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”.

<sup>214</sup> “Encuentra formulación expresa en algunas constituciones provinciales y tratados internacionales (Córdoba, art. 39 Ver Texto ; Santiago del Estero, art. 35 Ver Texto ; también arts. XXVI Ver Texto de la DADDH, 11.1 Ver Texto , DUDH, 8 Ver Texto pto. 2, CADH y 14 Ver Texto pto. 2, PIDCP). Por manera que ahora tiene jerarquía constitucional (art. 75 Ver Texto , inc. 22, párrafo segundo); empero antes se le derivaba del art. 18 Ver Texto , id. al entenderse que la única fuente legítima para imponer una pena es el juicio previo: hasta que se produce la culminación del proceso penal en sentido adverso al imputado, debe tenérsele por inocente”. D’ALBORA. Francisco J. **Código procesal penal de la Nación**. 7 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 11/12.

<sup>215</sup> “Artículo 3º- Principio de inocencia. Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a pruebas legítimamente obtenidas, desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. El imputado no debe ser presentado como culpable. Los registros judiciales, legajos y comunicaciones no podrán contener inscripciones estigmatizantes o que desvirtúen el estado jurídico de inocencia. Código de Proceso Penal Federal.”

<sup>216</sup> BINDER, Alberto. M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. Ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 123.



Ainda no âmbito político do princípio de inocência, BINDER rechaça as opiniões que insistem numa presunção de culpabilidade ou de uma suspeita sobre aqueles que respondem ao processo penal. Para o autor, trata-se de desconhecer que o que estará em jogo nesse caso não é um nível de conhecimento, mas uma garantia política que protege o cidadão submetido ao âmbito de aplicação de normas penais e processuais.<sup>217</sup>

E nisso, o autor reforça a importância de que ninguém tenha que ser compelido a provar a própria inocência, dado que nessa projeção de uma garantia de transcendental importância política está a linha divisória de uma sociedade que começa a descambar para uma vertente repressiva em que cada pessoa torna-se suspeita de algo.<sup>218</sup>

A presunção de inocência é, portanto, fundante do processo penal. Na linha defendida por PRADO, a presunção de inocência funda o estado original de incerteza que permeia desde o início da investigação até o momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Reflete o que o autor chama, na linha de doutrina penal internacional, de proibição de desautorização do processo, exigindo que toda condenação esteja fundada num dispositivo processual de índole probatória, suficientemente apto a resguardar a função (re)cognitiva do processo e sua finalidade epistemológica comprometida com a “averiguação dos fatos como meta, na valoração racional das provas e na emissão de decisões apoiadas na relação verdade-prova, como assinala Benavente Chorres”.<sup>219</sup>

Nesse contexto, o direito processual penal, como diz PRADO,<sup>220</sup> fundamentado numa rede conceitual própria, tem como base fundante o princípio da presunção de inocência, a partir do qual todo o restante na matéria encontra fundamento. Por isso, aliás, é que adverte para a necessidade de que se entenda o devido processo legal no âmbito penal somente a partir de uma necessária conexão com a presunção de inocência, de forma que não se pode suplantar a garantia da inocência em nome do devido processo. Pelo contrário, só haverá devido processo na medida em que visa a garantir a presunção de inocência.<sup>221</sup>

O caráter fundante do princípio da presunção de inocência pode ser reconhecido também no âmbito da *CORTE IDH*, dada a previsão explícita do princípio no art. 8º, 2 da CADH: *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove*

---

<sup>217</sup> BINDER, Alberto. M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. Ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 126.

<sup>218</sup> Ibid, p. 128.

<sup>219</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p.44/47.

<sup>220</sup> PRADO, Geraldo. **Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal**: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. Empório do Direito. Disponível em: <https://bit.ly/3ncM1qt>. Acesso 12 de abril 2020.

<sup>221</sup> Ibid.

*legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas (...).*

O princípio encartado na CADH tem amplitude bastante significativa na interpretação da CORTE IDH, podendo-se elencar em seguida as projeções mais relevantes e que se conectam com o objeto central deste trabalho:<sup>222</sup>

Como *fundamento de todas as garantias judiciais*: Ao princípio da presunção de inocência subjaz o propósito das garantias judiciais,<sup>223</sup> como foi assentado no caso *Suárez Rosero vs Equador*,<sup>224</sup> ou seja, opera como fundamento das garantias em favor das pessoas suspeitas ou acusadas de modo que sejam consideradas em seu estado jurídico de inocentes até que sua culpabilidade seja demonstrada, entendimento reprisado em inúmeros julgados, citando-se, por exemplo: *Cabrera García y Montiel Flores vs México*,<sup>225</sup> *Ruano Torres y otros*

---

<sup>222</sup> Para exposição com vastas referências jurisprudenciais, v. RIVAS, Juana María Ibáñez. *Garantias judiciales*. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 290/292.

<sup>223</sup> Como reiteradamente afirma a CORTE IDH, dentre essas garantias intimamente conectadas ao princípio da presunção de inocência estão o direito de defesa e de um processo justo. Nesse sentido, paradigmático o julgamento de *Ruano Torres y otros vs. Equador*.

<sup>224</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Suárez Rosero vs Equador**, parágrafo 77. Sentença de mérito, 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020. Tratava-se de caso em que o indivíduo fora preso sem ordem judicial e sem a existência de flagrante delito. Seu interrogatório fora prestado sem a presença de um advogado; ele ficou incomunicável em cela com precárias condições sanitárias por dias, sem contato com advogado e com familiares. Preso por aproximadamente 4 anos até que sobreviesse a sentença, Suárez Rosero jamais foi intimado judicialmente das acusações que lhe foram feitas.

<sup>225</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México**, parágrafo 182. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3nbwTJZ>. Acesso em: 26 jun 2020. No caso estava em causa o tratamento cruel, desumano e degradante a que foram submetidos os senhores Cabrera García e Montiel Flores, enquanto ficaram sob custódia do Exército Mexicano, o que incluiu a falta de apresentação sem demora perante um juiz ou funcionário autorizado responsável pelo controle de legalidade da detenção e por outras irregularidades ocorridas durante o processo penal.

vs El Salvador,<sup>226</sup> Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador,<sup>227</sup> Ricardo Canese vs. Paraguai.<sup>228</sup>

Como atribuição de *ônus probatório ao órgão acusador*: Segundo entendimento sufragado pela CORTE IDH, o princípio em causa, enquanto projeção de um estado jurídico de inocência, impõe o requisito inafastável da demonstração suficiente da culpabilidade do acusado como condição de aplicação legítima da sanção penal. Tal prova cabe ao órgão acusador, não sendo de responsabilidade da pessoa acusada demonstrar sua inocência. Também por isso, a prova incompleta ou insuficiente e a dúvida devem levar à absolvição. Nesse sentido, dentre outros, os casos Ruano Torres y otros vs El Salvador (parágrafos 127, 128) e Ricardo Canese vs Paraguai (parágrafos 153, 154).

Assim, o modelo de proteção de direitos interamericano confere à presunção de inocência um destaque como elo entre as garantias judiciais em torno do indivíduo e a relevância da posição desse direito humano fundamental vai se revelando cada vez mais digna de ocupar o espaço de orientação, de uma ideia-força, que guia as abordagens dogmáticas sobre o princípio.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador**, parágrafo 126. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3iqsa3B>. Acesso em: 26 jun 2020. Em caso, questionava-se a legalidade da detenção do interessado, na madrugada de 17 de outubro de 2000, tendo sido maltratado em frente à família; cometimento de atos de tortura; violação de garantias mínimas de processo em razão do processo e da condenação por crime de sequestro, apesar de sérias dúvidas sobre seu envolvimento; violação à presunção de inocência por conta da irregularidade das provas utilizadas para sua condenação; atuação deficiente da Defensoria Pública; prisão arbitrária e falta de recursos efetivos para apurar os atos de tortura e proteger as vítimas frente aos atos ilegais.

<sup>227</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador**, parágrafo 145. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 21 de novembro de 2007. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020. Questionou-se, no caso, a legitimidade da atuação das agências estatais que prenderam os senhores Chaparro e Lapo por suspeita de envolvimento com tráfico de drogas durante a Operação Antidrogas Rivera. A suspeita sobre o primeiro recaiu em face de ser proprietário de uma empresa que fabricava caixas de refrigeração similares àquelas apreendidas no Aeroporto Simon Bólivar e que continham drogas. Quando preso, Chaparro não foi informado sobre as razões da prisão nem sobre o direito de auxílio consular. No caso de Lapo, houve uma prisão com outros funcionários da fábrica em que era gerente, apesar de não ter havido flagrante e nem autorização judicial. Também se alegava que ambos ficaram incomunicáveis por cinco dias. Chaparro não contou com assistência jurídica na primeira declaração e a defesa de Lapo teria sido deficiente. Alegava-se também excesso de prazo na prisão e irregularidade por não tê-los levado à presença de um juiz.

<sup>228</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ricardo Canese vs. Paraguai**, parágrafo 153. Sentença de mérito, reparações e custas, 31 de agosto de 2004. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf). Acesso em: 26 jun 2020. Discutia-se, nesse caso, violações às garantias judiciais, ao princípio da legalidade e da retroatividade, liberdade de pensamento e de expressão e direito de circulação e residência. Ricardo Canese disputava a presidência do Paraguai e, num debate em 1992, afirmou seu adversário Juan Carlos Wasmosy de ter sido testa-de-ferro da família Stroessner durante o desenvolvimento do complexo hidroelétrico binacional de Itaipu. As declarações foram publicadas em vários jornais. Ricardo Canese foi processado e condenado pelo crime de difamação a uma pena de multa e à prisão por dois meses, além de ter restringido o direito de circulação e de deixar o país. Saliente-se que a decisão de segunda instância levou mais de 08 anos para ser proferida.

<sup>229</sup> A presunção de inocência também foi incorporada ao Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América apresentado nas XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual no Rio de Janeiro. Art. 3º:

Naturalmente, o compromisso assumido pelo Brasil ao subscrever a CADH, dentre outros atos internacionais de conteúdo similar, exige um conjunto de esforços para concretizar da forma mais ampla possível o princípio da presunção de inocência, dentro de um ideário de proteção da liberdade individual frente ao Estado e de proteção da condição de inocência em suas múltiplas direções (jurídica, política, social) que parece assumir uma dimensão cada vez mais ampla pelo mundo.

A propósito da importância do tema em âmbito internacional, o Comitê de Direitos Humanos da ONU proferiu a *Observación General* nº 32,<sup>230</sup> tecendo comentários sobre o art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Dentre as inúmeras considerações, merecem destaque neste momento e no que diz respeito à presunção de inocência as seguintes:

1. toda pessoa deve ser presumida inocente, até que se comprove sua culpa de acordo com a lei;
2. a presunção de inocência é fundamental para a proteção dos direitos humanos;
3. impõe a carga da prova ao órgão acusador e garante que não se presuma a culpa enquanto não se a tenha demonstrado para além de toda dúvida razoável;
4. Assegura o benefício da dúvida em favor da pessoa acusada;
5. Exige que as pessoas acusadas de uma infração penal sejam tratadas de acordo com este princípio da presunção de inocência.

O Comitê ainda adverte que as garantias estabelecidas no art. 14 devem ser cumpridas pelos Estados-Parte independentemente de sua tradição jurídica e do direito interno e que em nenhum caso cabe ao Estado-parte desviar dos princípios fundamentais do juízo imparcial, incluída a presunção de inocência.<sup>231</sup>

A magnitude da garantia estabelecida pela presunção de inocência eleva-se na mesma proporção em que tratados e convenções internacionais e declarações ou cartas de direitos paulatinamente a integram a um catálogo de direitos e garantias humanos e influenciam os próprios ordenamentos jurídicos dos Estados, ainda que, evidentemente, os desdobramentos, em cada ordem jurídica interna, possam ser parcialmente distintos.

---

Tratamento do imputado como inocente. O imputado ou acusado deve ser tratado como inocente durante o procedimento, até que uma sentença irreversível lhe imponha uma pena ou uma medida de segurança (...). Também no Código Penal-Tipo para a América Latina, fora prevista no item XI nos seguintes termos: A pessoa submetida a processo penal presume-se inocente enquanto não seja condenada. Os textos foram consultados em: BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 139.

<sup>230</sup> **Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos**. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observación General n.º 32. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2EYR7FA>. Acesso em 2 jul. 2020.

<sup>231</sup> A rigor, o Comitê de Direitos Humanos, estatuído pelo PIDCP, é um órgão de monitoramento que não ostenta funções jurisdicionais, mas sim administrativas. Ademais, no caso do Brasil, não houve adesão ao sistema de monitoramento por parte do Comitê, mas um dos Protocolos facultativos admitidos pelo Brasil permite que indivíduos, ONGs e outros atores realizem denúncias sobre violações ao Pacto.

Para além dos atos internacionais já mencionados e que diretamente vinculam o Brasil, a presunção de inocência está prevista também em outros instrumentos internacionais, como por exemplo no art. 6º, 2, da CEDH,<sup>232</sup> no art. 48, 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,<sup>233</sup> no art. 7º, 1, *b*, da Carta Africana dos Direitos Humanos.<sup>234</sup>

O incremento de soluções legislativas,<sup>235</sup> de ajuste do comportamento das agências estatais de investigação e processo e de aprofundamento da temática no âmbito jurisprudencial comportam assim uma ampla margem de desdobramentos e como se constata não devem ocorrer sem uma aguda colaboração acadêmica.

O ideário do Estado Democrático de Direito não resume em si a existência e a efetiva prática democrática de respeito à presunção de inocência. Mais do que isso, a realização desse direito humano fundamental passa também por uma necessária transformação da cultura jurídica que, nesse particular, deve orientar-se pelo respeito ao direito-garantia mencionado, promovendo assim a sua concretização. Apenas previsões legais não esgotam o caminho de consolidação dos direitos fundamentais.

Não se deve perder de vista que muito embora a resistência à irradiação ampla de efeitos da presunção de inocência possa ser mais atrativa a regimes e governos autoritários, também em ambientes ditos democráticos podem subsistir núcleos ou microssistemas impermeáveis ao reconhecimento e à aplicação do princípio.<sup>236</sup>

---

<sup>232</sup> Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Art. 6º: “2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/9261299>. Acesso em 4 jul. 2020.

<sup>233</sup> Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Art. 48: 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501>. Acesso em 30 jun. 2020.

<sup>234</sup> Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul. Art. 7º, 1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: (...) b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/acesso-a-informacao/internacional/carta-africana/view>. Acesso em 25 jun. 2020.

<sup>235</sup> O projeto de CPP em discussão no Congresso Nacional não tem referência expressa ao princípio da presunção de inocência, embora o art. 1º do Projeto afirme que o processo penal deve reger-se pelo Código e pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas em tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Também merece destaque nesse ponto o art. 158 do Projeto quando consigna que são nulos atos que violem direitos e garantias fundamentais do processo penal. A palavra “inocência” constou pela primeira (e aparentemente única) vez no art. 655, III, onde consta hipótese de revisão criminal em caso de novas provas da inocência do condenado. A despeito da ausência dessa previsão expressa do princípio, ao contrário do art. 4º do CPP chileno, por exemplo, há inúmeros desdobramentos no projeto que parecem se guiar por noções normativas, doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas neste trabalho.

<sup>236</sup> Como diz VEGAS TORRES, não há uma necessária relação entre o rechaço à presunção de inocência e regimes políticos autoritários, ainda que ele considere que um processo penal sem presunção de inocência pode servir a um regime político autoritário, enquanto o reconhecimento da presunção de inocência mostra-se incompatível com um modelo desse tipo. TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993, p. 28.

### 2.2.3 Presunção de inocência como tratamento em uma dupla acepção: efeitos endógenos e exógenos

A exigência constitucional de tratamento de toda pessoa suspeita/acusada como inocente numa perspectiva aqui adotada desdobra-se em duas direções: uma, de âmbito pré e processual (endoprocessual), com incidência direta sobre as fases de investigação e durante o curso do processo, com aplicação sobre as práticas legislativas, executivas e judiciárias que aí se desenvolvam; outra, de âmbito extraprocessual, que, dentre suas múltiplas projeções, está direcionada a garantir um tratamento adequado das pessoas suspeitas/acusadas, sobretudo em razão dos chamados juízos paralelos emitidos em órgãos da mídia (escrita, falada, etc) que, no exercício legítimo da liberdade de imprensa, não devem subestimar ou violar explicitamente a condição de inocência dos indivíduos. Nesse último desdobramento, a pauta pode ser ainda dividida entre juízos emitidos por agentes públicos e aqueles proferidos por agentes privados.

Essa abordagem do princípio de inocência como exigência de tratamento não esgota as múltiplas direções em que o preceito irradia efeitos,<sup>237</sup> principalmente quando consideramos suas características como norma probatória ou como norma de juízo.

No âmbito probatório, a garantia tem uma importante função como critério delimitador da distribuição de carga probatória no processo penal. Por consequência, não cabe cogitar-se no processo penal de natureza acusatória, de qualquer participação processual obrigatória da defesa na produção de provas, sendo ainda mais inconstitucional, por conflitar diretamente com a presunção de inocência, toda e qualquer previsão legal ou compreensão que culmine na inversão da carga da prova, advertência feita por valiosa contribuição doutrinária.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> De fato, a norma de tratamento não apenas não esgota o conteúdo, como em muitas vezes a interrelação entre os diversos âmbitos da presunção de inocência é manifesto, de modo que a distinção e categorização tem uma importância didática que nem sempre será de fácil manuseio prático. Como afirma MORAES, essa imbricação, por exemplo, faz sentido quando se pensa no momento de decisão judicial sobre alguma restrição de direito (antecipada), em que o juiz terá tanto mais capacidade de proferi-la de acordo com um suporte probatório mínimo necessário, envolvendo nesse ponto um segundo âmbito da presunção de inocência, como norma probatória. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 426.

<sup>238</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. Anotada. Arts. 1º ao 107. Coimbra: Coimbra, 2007, v. 1, p. 518; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual penal**. 11º ed. Rio de Janeiro: Forense 2007, p. 214; MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 461/462; LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 549/552; CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial. 7 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 452/454; Rui Patrício – presunção de inocência – PATRÍCIO, Rui. **O direito fundamental à presunção de inocência - revisitado: a propósito do novo código de processo penal de Cabo Verde**. *Revista do Ministério Público*. p. 119-138. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=58132](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58132)>. Acesso em: 4 mar. 2019;

Como norma de juízo há uma diretriz para o momento da decisão judicial que pode ser sintetizada, segundo MORAES:

como “suficiência do material probatório incriminador para se decidir de modo desfavorável ao imputado, exigindo uma acurada fundamentação das decisões que possa dar conta de conhecer os fatos, convencer as partes, os órgãos superiores e a sociedade das escolhas axiológicas empreendidas pelo julgador no ato decisório, e militando neste momento e em favor do imputado as máximas do “*in dubio pro reo*” e “*favor rei*”.<sup>239</sup>

Contudo, para os propósitos aqui empreendidos, o recorte proposto é fundamental. Portanto, a sequência do trabalho tem sempre como meta apreciar as questões que envolvam mais diretamente a presunção de inocência em sua dimensão de norma de tratamento, sem prejuízo das necessárias conexões, quando indispensáveis, com outras dimensões atribuíveis ao princípio.

### **2.2.3.1 Perspectiva endoprocessual da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento**

Em seu aspecto *endoprocessual*, o estado de inocência destina-se aos agentes oficiais e significa uma regra de tratamento a exigir que o acusado não seja tratado como culpado nem como objeto do processo. As restrições de direitos do acusado devem pautar-se pela justificação fática e jurídica e pela legalidade, não sendo admitida qualquer prática que culmine na antecipação de um juízo de censurabilidade. Engloba os atos de investigação e todos os demais atos capazes de atingir o suspeito ou acusado durante o processo.<sup>240</sup>

O estado de inocência não compactua com qualquer modelo de tratamento que equipare o acusado a um condenado, característica que opera primordialmente, mas não exclusivamente, sobre as prisões processuais, a revesti-las de legalidade somente quando são de natureza cautelar ao processo.<sup>241</sup>

---

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal.** **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 23, p. 3., nov. 1994. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=13608](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13608)>. Acesso em: 7 mar. 2019. DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1 ed. Coimbra: Editora, 1974, reimpressão 2003, p. 212.

<sup>239</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 471 e 479. Mencionando também o *in dubio pro reo* como norma de juízo decorrente da presunção de inocência, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39/41.

<sup>240</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106/109.

<sup>241</sup> O tema específico das prisões será melhor desenvolvido adiante (V. Cap. III, item 3.1.1).

Logo após a entrada em vigor da CF/88, GOMES FILHO já salientava, a propósito da presunção de inocência:

Sob esse enfoque, a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado e, sobretudo, indica necessidade de se assegurar no âmbito da justiça criminal a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo através de um processo “justo”.<sup>242</sup>

A presunção de inocência como regra de tratamento impõe ao Estado o dever de tratar todo suspeito ou acusado como inocente, sendo interditas, nessa hipótese, quaisquer restrições de direitos em razão exclusiva da imputação, ou seja, antes da sentença final qualquer medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade torna-se uma afronta ao princípio constitucional.<sup>243</sup>

Para BADARÓ, a regra de tratamento como inocente impede que o acusado seja equiparado a um culpado durante o curso processual. Segundo o autor a mais clara manifestação dessa garantia ocorre na interdição de prisões automáticas, obrigatórias ou ainda fragilmente subsidiadas por presunções abstratas de periculosidade do agente, de fuga ou outras generalidades similares, sem, contudo, imaginar-se que a garantia vede prisões processuais, desde que concretamente fundamentadas. Uma outra manifestação dessa faceta da presunção de inocência, para o autor, está na impossibilidade de execução provisória da pena.<sup>244</sup>

Ou seja, encerra uma garantia de liberdade destinada a impedir que o poder público aja ou se comporte “em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado e ao acusado, como se

---

<sup>242</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

<sup>243</sup> Por isso, aliás, é que o autor adverte na segunda parte da obra, que a prisão cautelar, lida a partir da presunção de inocência, só será constitucional quando for revestida de caráter eminentemente instrumental, voltada à instrução do processo ou à garantia da satisfação do resultado final, aí compreendidas tanto a prisão como cautela instrumental, quanto a prisão como cautela final, para evitar uma fuga, por exemplo. Já a execução provisória da pena, por confundir o réu com o culpado e assim o tratar, é incompatível com o princípio, segundo o autor. *Ibid.*, p. 42/43, 69/72.

<sup>244</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 66. Em sentido similar, LIMA afirma que a garantia em sua forma de tratamento projeta-se em múltiplas direções, dentre as quais o autor destaca que impede prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal, o que certamente não inviabiliza a decretação de prisões cautelares, quando ditada por razões excepcionais e tendentes a garantir a efetividade do processo. Assim, o autor afirma que “qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013, p. 11.



estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado”.<sup>245</sup>

Também para PACELLI o estado de inocência ( e não a presunção, diz o autor) “proíbe a antecipação dos resultados finais do processo”, inviabilizando quaisquer “restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”, sendo certo que essa diretriz de regra de tratamento tem função relevante no tema das prisões provisórias, exigindo que toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado tenha natureza cautelar e esteja devidamente apoiada em decisão judicial motivada, exigência também extensível às medidas cautelares diversas da prisão.<sup>246</sup> O autor sugere, inclusive, que o ato de indiciamento esteja devidamente amparado na presença de justa causa, tendo em vista que “também o indiciamento impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente”.<sup>247</sup>

Segundo MORAES, pode-se compreender o princípio da presunção de inocência, dentre outras vertentes, como norma de tratamento,<sup>248</sup> posto que em países com tradição Civil Law “a forma mais tradicional de se compreender a presunção de inocência é considerá-la como uma garantia de que o cidadão será tratado na persecução penal como inocente”, ou seja, não será submetido aos efeitos de uma decisão penal condenatória antes de seu trânsito em julgado.<sup>249</sup>

Nas palavras do autor, “a presunção de inocência, como ‘norma de tratamento’, tem relevância pois por ela se garante que, até o término do devido processo penal, a esfera de direitos dos indivíduos não sofrerá com eventuais atos estatais violadores”.<sup>250</sup> Nesse contexto, por violação pode-se entender dispositivos legais “que de forma absoluta e apriorística, imponham antecipação de qualquer espécie de sanção que, *prima facie*, somente adviria por força de decisão condenatória definitiva”.<sup>251</sup>

Exemplos recorrentes nesse aspecto são, por exemplo, as prisões preventivas obrigatórias impostas na redação originária no art. 312 do CPP, posteriormente alterado pela Lei n.º 5.349/67, ou a suspensão do exercício profissional de quem fosse surpreendido em flagrante ou denunciado por crime contra a segurança nacional.<sup>252</sup> A esses exemplos adicionam-se ainda outros, a saber, a vedação legal de concessão de liberdade provisória em determinados

---

<sup>245</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013, p. 10.

<sup>246</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 48.

<sup>247</sup> *Ibid*, p. 48.

<sup>248</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>249</sup> *Ibid*, p. 427.

<sup>250</sup> *Ibid*, p. 426.

<sup>251</sup> *Ibid*, loc. cit.

<sup>252</sup> *Ibid*, loc. cit.

crimes, a inscrição automática de condenado provisório no rol dos culpados, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.<sup>253</sup>

A presunção de inocência como norma, dever ou exigência de tratamento, tem uma clara direção de limite ao poder estatal, que para VEGAS TORRES impõe uma concepção segundo a qual o imputado deve ser tratado como inocente durante o processo, o que significa reduzir ao mínimo as intervenções restritivas de direitos antes de uma decisão condenatória.

De fato, percebe-se que os que aderem à presunção de inocência como norma de tratamento admitem de forma amplamente majoritária a projeção da garantia como um obstáculo às penas antecipadas e/ou medidas restritivas baseadas em juízos de culpa prematuros e como uma exigência de distinguir o tratamento entre inocente e culpado.<sup>254</sup>

A temática da presunção de inocência encontra também na CORTE IDH projeção como *proteção jurídica da liberdade e como dever de tratamento (múltiplas direções)*: vista por esse ângulo, a garantia aplica-se vedando as restrições e limitações ilegais, abusivas ou arbitrárias da liberdade e proíbe a antecipação de juízos de culpa em desfavor de pessoas suspeitas/acusadas como forma ilegítima de aplicação de medidas coercitivas ou como emanção de opiniões incriminatórias.

Dessa garantia decorre o dever estatal de não restringir a liberdade de alguém sem uma causa estritamente excepcional necessária para assegurar o desenvolvimento eficiente das investigações ou resguardar a ação da justiça, já que a prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva (Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Equador, parágrafo 145). Isso porque a regra é a liberdade até que se prove a responsabilidade penal de alguém.<sup>255</sup>

Várias decisões da CORTE IDH restringem a utilização da prisão preventiva para finalidades eminentemente processuais, portanto cautelares, rechaçando a possibilidade de

<sup>253</sup> V. Cap. III, item 3.1.6.

<sup>254</sup> Citemos ainda, dentre outros: BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia. Ciencias penales*: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, v. 17, n. 23, p. 11-29., nov. 2005. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=63220](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63220). Acesso em: 14 abr. 2020; SERGI, Natalia. *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal**: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 471-487. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=6080](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6080). Acesso em: 16 abr. 2020; BINDER, Alberto. M. **Introducción** al derecho procesal penal. 2. Ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 125 e ss; VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 23/24; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão processual na Lei 12.403, de 2011*. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (org). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartien Latin, 2012, p. 435/444.

<sup>255</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Norín Catrیمان y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs Chile**, parágrafo 310. Sentença de mérito, reparações e custas, 29 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020.

manuseio do instrumento de privação temporária da liberdade em razão de finalidades preventivas gerais ou especiais próprias da pena e censurando de forma explícita qualquer modalidade de antecipação da pena como violadora da presunção de inocência (Norín Catrیمان y otros ‘dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche’ vs Chile, parágrafo 310); Ricardo Canese vs Paraguai, parágrafos 154 e 162; caso Barreto Leiva vs Venezuela, parágrafos 111, 121;<sup>256</sup> caso Bayarri vs Argentina, parágrafo 110).<sup>257</sup>

Com isso a CORTE IDH também define importantes critérios distintivos entre a natureza cautelar da medida restritiva de direito/liberdade durante a investigação ou processo e a medida sancionatória própria da pena.

Esses critérios estão justamente na ideia de demonstração e reconhecimento judicial da culpabilidade que, por meio de uma sentença definitiva, confirma a autoria de alguém quanto a um fato criminal específico e na finalidade à que se destina a prisão preventiva, obrigatoriamente distinta da finalidade punitiva inerente à pena.

Outrossim, ainda que as decisões adotadas em razão da Convenção Europeia não tenham caráter vinculante aqui é inegável a contribuição que esse diálogo pode trazer em termos de comparação e até mesmo tentativa de aproximação e aplicação de entendimentos estrangeiros sobre o tema. Essa aproximação, aliás, é explícita na própria jurisprudência da CORTE IDH.

No TEDH a presunção de inocência desdobra-se em vários sentidos.<sup>258</sup> Como regra de juízo, exige-se que o Tribunal não parta de uma ideia preconcebida de culpa do acusado, além

---

<sup>256</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Barreto Leiva vs Venezuela**. Sentença de mérito, reparações e custas, 17 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>. Acesso em 27 jun 2020.

<sup>257</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Bayarri vs Argentina**. Sentença de mérito, reparações e custas e exceções preliminares, 30 de outubro de 2008. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf). Acesso em 27 jun 2020.

<sup>258</sup> Colhe-se da jurisprudência da Corte Europeia um conjunto de significados atualmente atribuíveis ao princípio da presunção de inocência previsto no art. 6º, 2, da Convenção. Um resumo do tema consta no seguinte trecho extraído da decisão no caso Allen contra El Reino Unido: “ 93. El artículo 6 § 2 reconoce que “toda persona acusada de un delito se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. Entendido como una garantía procesal en el contexto de un proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia establece algunas exigencias y límites en cuanto a, *inter alia*, la carga de la prueba (véanse *Barberà, Messegué y Jabardo c. España*, de 6 de diciembre de 1988, § 77, Serie A nº 146; y *Telfner c. Austria*, nº 33501/96, § 15, de 20 de marzo de 2001); las presunciones legales sobre los hechos y el derecho (véanse *Salabiaku c. Francia*, de 7 de octubre de 1988, § 28, Serie A nº 141-A; y *Radio France y Otros c. Francia*, nº 53984/00, § 24, TEDH 2004-II); el derecho a no declarar contra uno mismo (véase *Saunders c. el Reino Unido*, de 17 de diciembre de 1996, § 68, *Informe sobre Sentencias y Decisiones* 1996-VI; y *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, nº 34720/97, § 40, TEDH 2000-XII); la publicidad antes del proceso (véase *Akay c. Turquía* (dec.), nº 34501/97, de 19 de febrero de 2002; y *G.C.P. c. Rumanía*, nº 20899/03, § 46, de 20 de diciembre de 2011); y las declaraciones prematuras del tribunal o de otras autoridades públicas sobre la culpabilidad del acusado (véase *Allenet de Ribemont*, citada anteriormente, §§ 35-36; y *Nešták c. Slovakia*, nº 65559/01, § 88, de 27 de febrero de 2007). 94. Pese a ello, para garantizar la necesidad de que el derecho reconocido en el artículo 6 § 2 sea práctico y efectivo, el derecho a la presunción de inocencia presenta otra dimensión. Su finalidad en términos generales, en esta segunda dimensión, es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten como si fueran de

de impor ao órgão acusador o ônus da prova, de forma que qualquer dúvida milita em favor do acusado.<sup>259</sup>

Como regra de tratamento, a presunção de inocência protege o indivíduo contra decisões judiciais ou declarações de funcionários públicos que pressuponham de forma prematura a culpabilidade do indivíduo sem que se tenha a confirmado por meio de sentença e nos termos legais.<sup>260</sup>

Especificamente quanto ao dever de tratamento, no caso *Matijasevic contra Serbia*, 19-9-2006, reconheceu-se a violência ao princípio em razão dos termos empregados pelo Magistrado na decisão de revisão de uma prisão preventiva ao pressupor a culpabilidade do interessado.<sup>261</sup>

No caso *Böhmer contra Alemanha*, 3-10-2002, o Tribunal entendeu que o emprego de termos inadequados por parte de um Tribunal Alemão, em razão da existência de processo pendente de julgamento contra o réu, violava a presunção de inocência ao presumir-se uma culpa ainda não comprovada nos autos mencionados. A manifestação judicial que não se limita a “*expressar um estado de sospecha sino que da por probada la comisión del delito pendiente de juicio*” é uma violência ao princípio.<sup>262</sup>

No caso *Lavents contra Letonia*, 28-11-2002, o TEDH entendeu violada a presunção de inocência porque o juiz deu várias entrevistas em que pressupunha a culpabilidade do acusado antes de uma comprovação legal da culpa.<sup>263</sup>

Em sentido similar e dentre outros julgados, no caso *Nesták contra Slovakia*, de 27-02-2007, o TEDH assinalou que o princípio estabelecido no art. 6º, 2, da Convenção é violado se

---

hecho culpables de la acusación formulada en su contra a las personas que han sido absueltas de cargos penales, o respecto a las cuales sus procesos penales han sido sobreseídos. En estos casos, el derecho a la presunción de inocencia entendido como garantía procesal persigue, a través de la aplicación durante el proceso de todos los aspectos inherentes al mismo, prevenir que se imponga una condena penal injusta. En el caso de que no se asegurase el respeto de la decisión de absolución o del sobreseimiento del proceso en cualquier otro proceso, el proceso justo que garantiza el artículo 6 § 2 correría el riesgo de convertirse en teórico e ilusorio. Aquello que también está en juego una vez que el proceso penal ha concluido es el honor y la reputación de la persona y cómo ésta es percibida por la sociedad. En cierta medida, la protección que garantiza el artículo 6 § 2 en esta cuestión puede coincidir con la prevista por el artículo 8 (véase, por ejemplo, *Zollman c. el Reino Unido* (dec.), nº 62902/00, TEDH 2003-XII; y *Taliadorou y Stylianou c. Chipre*, nos 39627/05 y 39631/05, §§ 27 y 56-59, de 16 de octubre de 2008)”. European Court of Human Rights. Case of *Nesták v. Slovakia*. (Application no. 65559/01). Judgment, 27 february 2007. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2265559/01%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-79608%22%5D%7D>. Acesso em 2 jul 2020.

<sup>259</sup> FRAILE. Francisco Díaz. **La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva**. Crítica del Derecho español vigente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>260</sup> Ibid.

<sup>261</sup> Ibid, p. 52.

<sup>262</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>263</sup> Ibid, loc. cit.

uma decisão judicial ou uma declaração de autoridade pública relativa a uma pessoa acusada de crime o considera culpado apesar de a culpa ainda não ter sido fixada de acordo com a lei.<sup>264</sup>

### **2.2.3.2 Perspectiva extraprocessual da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento**

Quando se perquire sobre o objeto jurídico de tutela da presunção de inocência surge com maior evidência a liberdade física pessoal,<sup>265</sup> numa acepção ampla, a que incorporamos também a liberdade profissional.<sup>266</sup> Entretanto, o modelo sancionatório penal<sup>267</sup> imposto no ordenamento jurídico brasileiro é evidentemente mais amplo, atingindo também um caráter patrimonial,<sup>268</sup> sobretudo em razão da pena de multa prevista para vários crimes. Ainda que em menor incidência, é fato que a pena de multa pode ser aplicada isoladamente, seja a título de única pena prevista, seja em razão de autorização legal para aplicação alternativa (art. 60, § 2º, CP).

Para além dessas duas circunstâncias, a exigência constitucional de tratamento em seu caráter exógeno extrapola os limites patrimoniais e de liberdade física para abarcar também uma projeção que reflete na honra e na dignidade humana, bem como no devido processo, direitos cujo respeito traduz uma necessária preservação da condição jurídica de inocente que,

---

<sup>264</sup> Nesse caso específico, tratava-se de um indivíduo acusado de cometer, em parceria com outro sujeito, um crime de assalto com uso de arma de fogo. Em suas declarações iniciais, o acusado afirmou ter planejado o crime para obter dinheiro e pagar uma dívida, mas na hora de executar o plano acabou recuando e avisando o comparsa que não entraria na casa de jogos para realizar o assalto. Em todo caso, diante das declarações do comparsa e de alguns outros elementos considerados pela autoridade judicial, ele foi preso preventivamente e, numa das decisões, o Tribunal expressamente mencionou como razão da prisão o fato de ele ter cometido o crime.

<sup>265</sup> Embora não tenhamos para este momento e neste trabalho a pretensão de discutir se a presunção de inocência é aplicável em favor de pessoas jurídicas, não se pode desconsiderar o tema e a relevância que parece supor.

<sup>266</sup> Daí porque os efeitos automáticos do processo que venham a impactar na atividade profissional de qualquer pessoa devem ser objeto de exame a partir da presunção de inocência.

<sup>267</sup> O presente trabalho não se ocupa das demais sanções de natureza civil, administrativa, tributária, que possam eventualmente submeter-se às exigências do princípio em questão.

<sup>268</sup> Admitindo um caráter também patrimonial na garantia da presunção de inocência, BATISTI afirma que a incidência dar-se-á apenas nos casos em que a afetação do patrimônio decorra de sanção de natureza criminal, tanto a título de multa, quanto de prestação pecuniária ou perda de bens. Nas suas palavras: “O *objeto jurídico* a ser protegido na presunção de inocência alcança a *liberdade*, liberdade *stricto sensu* caracterizada pelo direito de auto-disposição, em particular ao direito de ir e vir e, igualmente, alcança o *patrimônio* em situação em que o mesmo possa ser afetado por conta de uma ligação do agente com um ilícito de natureza criminal”. BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**. Apreciação dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e de Portugal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 135/136. Mas, a rigor, a discussão nesse nível mais parece envolver a polêmica sobre a aplicação do princípio nas demais esferas do direito, civil, administrativo, trabalho, tributário, etc, onde as sanções são predominantemente patrimoniais.

essencialmente, *não veda um grau de suspeita*, mas deve impedir os juízos antecipados de culpa sobre qualquer pessoa, sejam eles emitidos por autoridades públicas atuantes na investigação ou no processo ou pronunciados por outros agentes estatais (projeção vertical), podendo abranger, não sem polêmicas nesse caso, até mesmo os meios de comunicação que eventualmente não observem os ditames do princípio da inocência (projeção horizontal).

Com efeito, o tema da proteção da inocência em caráter extraprocessual (fora da investigação policial ou do processo penal) é objeto de atenção por parte da doutrina e também no âmbito do TEDH e da CORTE IDH. A questão gravita em torno dos chamados juízos paralelos e sua (in)compatibilidade com a presunção de inocência. O tópico será objeto de análise específica no quarto capítulo, mas vale adiantar algumas noções sobre o tema.

PUENTE apresenta a obra “*Presunción de inocencia y juicios paralelos em Derecho comparado*” advertindo que as transgressões mais significativas ao princípio da presunção de inocência atualmente estão intimamente conectadas com os juízos midiáticos.<sup>269</sup>

Embora não se possa, de plano, subscrever integralmente a assertiva, posto que no Brasil, como se tentará demonstrar adiante, há outras inúmeras ofensas ao direito em destaque, de magnitude eventualmente maior ou equivalente, fato é que a autora sublinha com razão uma circunstância atual de desprestígio da presunção de inocência por meio da abordagem de casos criminais de forma ilimitada por parte dos canais de comunicação.

O que a autora aponta é que os juízos midiáticos atualmente configuram um “*enjuiciamiento publico de conductas socialmente reprobables*”, mas à margem do exclusivo poder jurisdicional do Estado. Esses “julgamentos” ocorrem sem as devidas garantias processuais próprias do exercício jurisdicional ou da administração da justiça em um Estado de Direito. Nas suas palavras esse tipo de julgamento midiático dispensa a figura de um juiz imparcial e pouco se importa com a presunção de inocência da pessoa implicada.<sup>270</sup>

A seu ver, uma importante causa desse fenômeno tem a ver com o confinamento do princípio da presunção de inocência ao âmbito exclusivo do processo, ficando à margem das teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e das críticas à falta de caráter deontológico às normas éticas e de regulação da atividade de periodistas,<sup>271</sup> olvidando ainda uma perspectiva atualizadora da garantia que no contexto da Revolução Francesa limitava-se às

---

<sup>269</sup> PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 11.

<sup>270</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>271</sup> Ibid, p. 12.

barreiras à atuação do Estado, mas hodiernamente as violências ao devido processo também decorrem de agentes privados.<sup>272</sup>

O tema suscita muitos pontos de análise a serem enfrentados oportunamente. Citem-se por exemplo: quais os destinatários da norma de tratamento em sua vertente extraprocessual? A presunção de inocência serve como critério isolado de análise para verificação de um juízo paralelo, ou ao contrário, sua violação servirá como elemento identificador de afetação de outros direitos fundamentais como honra, imagem, imparcialidade e independência judicial e devido processo? É possível exigir por parte do Estado a proteção à presunção de inocência por meio de regulações, sanções, inclusive de natureza penal e processual?

Por ora, suficiente considerar que parte da doutrina brasileira acolhe essa projeção da presunção da inocência tal como aqui aventada. Assim, LOPES JR afirma que o dever de tratamento também opera no plano externo, como vedação de publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu, o que:

Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.<sup>273</sup>

Para GIACOMOLLI, o estado de inocência é um importante vetor de controle, configurando uma proteção externa em favor do suspeito, acusado ou condenado, “cuja publicidade abusiva incrementa a estigmatização pelo procedimento, pelo fato de estar sendo investigado, preso ou processado”.<sup>274</sup>

No seu entender, o fato de pender investigação ou processo penal não retira da pessoa “a integralidade do *status* que lhe confere o estado de inocência, motivo por que não se admite qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo), de uma sentença sem o trânsito em julgado ou mesmo de uma sentença absolutória ou extintiva da punibilidade”, razão pela qual há de se entender a estigmatização como fenômeno que afasta a inocência em sua plenitude.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 12/13.

<sup>273</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book**. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:646824>. Acesso em: 27 jun. 2020.

<sup>274</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 104.

<sup>275</sup> Ibid, p. 106.

O tratamento como inocente projeta-se também na *vedação aos (pré)juízos antecipados de culpa, segundo a CORTE IDH*: a abrangência do dever de tratamento como respeito ao estado jurídico de inocente, para além das implicações na seara das medidas privativas de liberdade, respalda ainda e proibição de juízos prematuros sobre a responsabilidade criminal da pessoa investigada ou processada.

A garantia atinge aqueles juízos emitidos internamente no próprio procedimento em trâmite, investigação ou processo, e oriundos dos agentes públicos diretamente envolvidos na questão, com o objetivo de estabelecer uma vedação a que o julgador desde o início do processo já esteja condicionado e com um pré-juízo desfavorável à pessoa imputada – trata-se de entendimento também consolidado no TEDH.

Mas também veda, em uma dimensão mais elástica e externa ao procedimento, manifestações públicas de agentes estatais que explicitamente emitem juízos incriminatórios contra alguém por meio de canais de comunicação ou, de modo geral, por meios de divulgação e propagação de informações, ou seja, a exigência de que o Estado não condene informalmente uma pessoa ou emita um juízo perante a sociedade, contribuindo para a formação de uma opinião pública, enquanto não tenha uma comprovação legal da culpa dessa pessoa (Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador, parágrafo 127; caso Lori Berenson Mejía vs Perú, parágrafo 160).<sup>276</sup>

Para a CORTE IDH há uma evidente distinção entre o que é uma declaração pública de informações sobre um caso criminal com uma suspeita sobre alguém e a opinião emitida com claro juízo de culpa sobre a pessoa envolvida mesmo quando não se tenha uma comprovação de culpa por sentença definitiva (caso J. vs Peru, parágrafo 246).<sup>277</sup>

Em síntese, nada obsta que as autoridades públicas venham a prestar as devidas informações sobre investigações criminais, mas é preciso que, cientes de sua condição de garantidoras dos direitos fundamentais dos cidadãos, façam-no de modo discreto, cauteloso, a

---

<sup>276</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Lori Berenson Mejía vs Perú**. Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Caso+Lori+Berenson+Mej%C3%ADa+Vs.+Per%C3%BA>. Acesso em: 26 jun 2020. A senhora Lori Berenson foi presa em 30 de novembro de 1995 em Lima, Peru, acusada e condenada por um tribunal militar à prisão perpétua por traição à pátria, sentença posteriormente anulada em razão da incompetência do juízo. Ela ficou presa por 2 anos, 8 meses e 20 dias no juízo militar. O caso foi declinado para um juízo ordinário, onde ela foi novamente condenada, desta vez a uma pena privativa de liberdade de 20 anos. Durante o processo militar, a acusada fora exibida pelas agências estatais aos meios de comunicação como autora do crime de traição à pátria, apesar de ainda não ter sido julgada na ocasião.

<sup>277</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Perú**. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020. J. fora presa, submetida a torturas e exposta em coletiva de imprensa em 23 de abril de 1992, como sendo parte integrante do grupo político Sendero Luminoso e atuante em atividades subversivas de terrorismo, tendo sido alcunhada de terrorista.



fim de realizar o direito à informação da sociedade e ao mesmo tempo preservar o direito à presunção de inocência do suspeito (caso *J. vs Peru*, parágrafo 247).

A posição adotada pela CORTE IDH no tema parece alinhada com a direção que vem sendo acolhida pelo TEDH. Em levantamento realizado na jurisprudência da Corte Europeia, GISBERT<sup>278</sup> coletou algumas diretrizes por ele sintetizadas.

O autor aponta dois julgados paradigmáticos em que se reforçam premissas básicas no sentido de que o direito à presunção de inocência, enquanto elemento chave de um processo justo, veda qualquer medida restritiva decorrente de um juízo antecipado de culpa do imputado ou mesmo decisão judicial em que se consigne uma opinião antecipada sobre a culpa do indivíduo. Mas mais do que isso, no entendimento do TEDH, a presunção de inocência é um direito que não se limita ao processo, podendo ser violada também por outras autoridades públicas que não apenas o juiz – caso *Allenet de Ribermont vs Francia*.<sup>279</sup>

Com efeito, no caso em análise, a pessoa interessada (Patrick Allenet de Ribemont) havia sido apresentada em coletiva de imprensa como mandante de um homicídio em razão de motivações financeiras. Na ocasião, a imputação fora feita cinco dias após o assassinato em programa com a presença do Ministro do Interior, do diretor da polícia judiciária de Paris e do comissário de polícia.

O TEDH consignou que o princípio da presunção de inocência é violado quando uma decisão judicial pressupõe ou explicitamente considera como culpado alguém cuja culpa ainda não foi legalmente comprovada, assim como pode ser violado por outras autoridades públicas mesmo que não sejam as judiciais.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> GISBERT, Rafael bustos. Juicios paralelos y presunción de inocencia em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 27/55.

<sup>279</sup> *Ibid*, p. 38.

<sup>280</sup> “35. *La présomption d’innocence consacrée par le paragraphe 2 de l’article 6 (art. 6-2) figure parmi les éléments du procès pénal équitable exigé par le paragraphe 1 (art. 6-1) (voir notamment l’arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, série A no 35, p. 30, par. 56, et l’arrêt Minelli précité, p. 15, par. 27). Elle se trouve méconnue si une décision judiciaire concernant un prévenu reflète le sentiment qu’il est coupable, alors que sa culpabilité n’a pas été préalablement légalement établie. Il suffit, même en l’absence de constat formel, d’une motivation donnant à penser que le juge considère l’intéressé comme coupable (arrêt Minelli précité, p. 18, par. 37). 36. Or la Cour estime qu’une atteinte à la présomption d’innocence peut émaner non seulement d’un juge ou d’un tribunal mais aussi d’autres autorités publiques*”. Cour Européenne des droits de L’homme. **Affaire Allenet de Ribemont c. France** (Requête n° 15175/89). Arrêt, 10 février 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3p1ApaI>. Acesso em 2 jul 2020. “A presunção de inocência consagrada pelo parágrafo 2º do artigo 6º (art. 6-2) figura entre os elementos do processo penal justo exigido pelo parágrafo 1º (art. 6-1) (ver especialmente o caso *Deweer c. Bélgica* de 27 fevereiro 1980, série A n° 35, § 56, e caso *Minelli* precitado, p. 15, § 27). Ela se encontra ignorada se uma decisão judicial relativa a um acusado reflete o sentimento de que ele é culpado, ainda que sua culpabilidade não tenha sido previamente e legalmente estabelecida. É suficiente, mesmo na falta de conclusão formal, uma motivação levando a pensar que o julgador considera o interessado

Em outro julgado, a mesma Corte afirmou que qualquer declaração oficial que identifique como culpado um detido ou imputado antes que se instaure um processo justo e se comprove a culpa é uma violência ao princípio da presunção de inocência – *Gutsanovi vs. Bulgária*.

Já no plano da liberdade de expressão e da presunção de inocência, o TEDH, desde o julgamento *A. vs. Noruega*<sup>281</sup> definiu que o direito não é violado diretamente por um meio de comunicação, sem que tenha havido uma participação ou uma implicação do envolvido pela autoridade pública. Ou seja, mesmo que os meios de comunicação tenham definido por conta própria articular informações e eventualmente levar a opinião pública a um juízo de culpa sobre a pessoa envolvida, a presunção de inocência não será elemento chave para desenlace do caso se não houver a atuação de autoridade pública, embora possa ser um fator de análise de violação aos outros direitos fundamentais como a vida privada e a honra.<sup>282</sup>

Também merece destaque no contexto europeu a Diretiva (EU) 2016/343 do Parlamento Europeu, de 9 de março de 2016, que fixou algumas regras específicas com a pretensão de reforçar certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer a um julgamento processual.<sup>283</sup>

---

como culpado (caso *Minelli*, precitado, p. 18, § 37). 36. Entretanto, a Corte considera que um atentado à presunção de inocência pode emanar não apenas de um juiz ou de um tribunal, mas também de outras autoridades públicas”. (tradução do autor)

<sup>281</sup> Nesse caso, o interessado foi apresentado na imprensa como um possível autor de um crime de rapto, abuso e assassinato de duas jovens crianças, uma de 8 e uma de 10 anos. O Chamado *Baneheia Case*, tinha a peculiaridade de que A já havia sido condenado por outros crimes graves e cumpria pena. Depois de ser interrogado por mais de 10 horas, apenas dois dias após o crime, A tornou-se alvo de reportagens e até de entrevistas. O jornal envolvido fez uma grande cobertura com inúmeras informações sobre A, apresentando a rota para seu local de trabalho e até o endereço dele, além de uma foto de costas e outra de perfil que permitiriam identificá-lo. Tratado como centro das investigações e provável autor dos crimes, A alegou ter tido inúmeros prejuízos, desde a perda do trabalho, até problemas com as relações sociais. Entretanto, apesar de receber um julgamento favorável no que diz respeito à afetação da honra e da reputação em razão das notícias, a Corte Europeia entendeu que, no caso específico, o art. 6, 2, da Convenção não era aplicável, tendo em vista que as declarações dos meios de comunicação que estavam no centro da controvérsia perante as cortes nacionais não continham expressões que atribuíam a culpa ao suspeito. European Court of Human Rights. **Case of A. Norway** (application n.º 28070/06). Judgment, 09 abril 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2UyHba0>. Acesso em 2 jul 2020.

<sup>282</sup> GISBERT, Rafael bustos. Juicios paralelos y presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 39.

<sup>283</sup> Em meio às críticas que tecera à proposta de diretiva, MAZZA reconhecia que se incorporava no art. 4º a jurisprudência do TEDH sobre o tema da presunção de inocência e da emissão de juízos de culpa emitidos por autoridades públicas em veículos de comunicação ou em decisões que não definam o mérito do caso. MAZZA, Oliviero. Una deludente proposta in tema di presunzione d’innocenza. **Archivio penale**. N. 3. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7014033>. Acesso em 29 jun 2020.

No que toca ao tema em análise, o art. 4º, 1, ressalta a importância de que “enquanto a culpa do suspeito ou o arguido não for provada nos termos da lei, declarações públicas emitidas pelas autoridades públicas ou decisões judiciais que não estabelecem a culpa não apresentem o suspeito ou o arguido como culpado”.

E acrescenta no art. 4º, 3, que isso “não impede que as autoridades públicas divulguem ao público informações sobre o processo penal quando for rigorosamente necessário por motivos relativos à investigação criminal ou ao interesse público”.

#### 2.2.4 Presunção de inocência, norma de tratamento e a jurisprudência do STF

No âmbito jurisprudencial,<sup>284</sup> a presunção de inocência, principalmente em seu aspecto de regra, dever ou exigência de tratamento, tem recebido atenção do STF em julgados de natureza diversa e, ainda que em muitas oportunidades não seja possível extrair de forma clara lições sobre o conteúdo do princípio, é necessário examinar alguns dos julgamentos justamente com o propósito de avaliar eventuais consonâncias com os critérios doutrinários já antecipados. Para tanto, vejamos alguns julgados importantes normalmente mencionados na doutrina ou mesmo reiterados em decisões jurisprudenciais do próprio Tribunal. Os acórdãos examinados trataram do tema, alguns deles, ainda antes da CF/88, sempre tendo em causa alguma legislação ordinária sob exame.

Com efeito, o art. 48 do Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março de 1967<sup>285</sup> previa que a prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos no diploma legal que estabelecia os crimes contra a Segurança Nacional, importaria, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.

---

<sup>284</sup> Em razão da amplitude que assumiria uma pesquisa jurisprudencial em todos os Tribunais, optamos por uma análise de julgamentos relevantes no STF, inclusive porque a matéria objeto de estudo é eminentemente constitucional.

<sup>285</sup> “Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprêgo em entidade privada, assim como de cargo ou função na administração pública, autarquia, em emprêsa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória. (Execução suspensa pela RSF n° 35, de 1968) § 1º O Chefe do serviço ou atividade, empregador ou responsável pela sua direção, inclusive dos estabelecimentos de ensino, fica sujeito à multa de cem a um mil cruzeiros novos, se permitir a violação do disposto neste artigo, aplicável pelo juiz da causa. (Execução suspensa pela RSF n° 35, de 1968) § 2º No caso de reincidência a pena será a do crime.(Execução suspensa pela RSF n° 35, de 1968).”

Em 21-2-1968, por ocasião do julgamento do HC 45.232/GB, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial do dispositivo na parte em que se referia a exercício de profissão ou emprego em entidade privada, tendo em vista que os efeitos financeiros para os funcionários públicos eram diversos.<sup>286</sup>

É importante salientar que embora o art. 48 mencionado seja representativo de antecipação de restrições de direitos antes de finalizado um processo penal, a rigor a medida de suspensão da atividade profissional não coincidia em seus efeitos com quaisquer penas acessórias previstas para os crimes do referido Decreto-Lei. Foi LINS E SILVA quem chamou a atenção para esse detalhe. A única pena acessória prevista na legislação especial em análise era a suspensão dos direitos políticos de 2 a 10 anos prevista no art. 50 do mesmo Decreto-Lei, para quem fosse condenado a pena de reclusão superior a 2 anos.<sup>287</sup>

O argumento central do Relator, THEMISTOCLES CAVALCANTI, responsável pelo voto condutor, foi que a medida relativa à suspensão das atividades privadas ofendia o direito à vida e o estatuto de direitos do homem, tendo em vista que privava um ser humano das condições de prover sua subsistência. Interessante é pensar que, embora o relator fale, num primeiro momento, da imposição de uma pena sem o processo, ou seja, sem a comprovação de responsabilidade do sujeito afetado, não houve no voto referência explícita ao princípio da presunção de inocência nem este foi parâmetro de constitucionalidade utilizado. Aliás, a inconstitucionalidade, centrada na subsistência da pessoa humana, não atingia, na visão do relator, o caso dos funcionários públicos, porque aí a medida prevista era de redução dos vencimentos, o que não reduzia a capacidade do agente à impossibilidade de subsistência.

A inconstitucionalidade reconhecida disse respeito à ausência de possibilidade de manutenção da própria subsistência e foi calcada na possibilidade de abertura do bloco de constitucionalidade previsto no art. 150, § 35, CF/1967.<sup>288</sup>

Houve uma tímida manifestação no sentido de fazer-se respeitar a presunção de inocência dos afetados pela norma, partindo de GONÇALVES DE OLIVEIRA, que em pelo

---

<sup>286</sup> A parte declarada inconstitucional foi posteriormente suspensa pela Resolução do Senado Federal, n.º 35, de 21-5-1968.

<sup>287</sup> A interdição de direitos, no que diz respeito ao tema então em exame, encontrava previsão legal para os crimes comuns no art. 67, II e 69, I e III do CP vigente na época. “Art. 69. São interdições de direitos: I - a incapacidade temporária para investidura em função pública; [...] III - a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela”.

<sup>288</sup> Esse dispositivo foi alterado pela EMC 01/69, tendo a previsão sido incorporada então no art. 153, § 36, a partir de 1969. Na doutrina, defendendo a possibilidade de internalização da garantia a partir dessa cláusula de abertura, v. DOTTI, René Ariel. Identificação criminal e estado de inocência. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 19/20, p. 54-59., jul./dez. 1975. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=20491](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20491). Acesso em: 11 ago. 2019.

menos duas oportunidades evocou o princípio como fundamento que deveria impedir a suspensão das atividades profissionais privadas, aplicando-se para todos os processados a regra do estatuto dos funcionários públicos, reduzindo os vencimentos e recompondo-os em caso de absolvição.

Essa breve exposição traz à tona o fato de que a presunção de inocência não foi explicitamente utilizada como fundamento jurídico substancial na decisão proferida. E mais, deixava em aberto na época a possibilidade ainda restritiva de redução de vencimentos dos funcionários públicos em caráter antecipado.

O ponto específico dos descontos salariais de servidores públicos em razão de processos criminais seria posteriormente examinado em diversos julgados em que o parâmetro de constitucionalidade passa de forma mais incisiva a ser a presunção de inocência, ainda que não um fundamento isolado.<sup>289</sup>

Assim, num dos mais recentes julgados sobre a questão, o Plenário consignou que a jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que não fora *recepcionada*<sup>290</sup> pela Constituição Federal norma legal que consigna a redução de vencimentos de servidores públicos que respondam a processo criminal.<sup>291</sup>

Na ocasião questionava-se o art. 29, § 1º, da Lei Estadual do Pará n.º 5.810/94,<sup>292</sup> que previa a redução de 1/3 da remuneração e mais as vantagens devidas em razão do efetivo exercício do cargo, com direito ao ressarcimento, se absolvido, quando o servidor: fosse preso em flagrante; pronunciado por crime comum; denunciado por crime administrativo ou condenado por crime inafiançável.

O voto condutor, proferido por ROBERTO BARROSO, assenta expressamente que o princípio da presunção de inocência não é compatível com qualquer *sanção automática* decorrente da simples condição de processado criminalmente; ou por ter sido pronunciado no procedimento especial do júri ou ainda submetido a procedimento administrativo. O voto

---

<sup>289</sup> Com efeito, outro fundamento muito recorrente passa a ser a irredutibilidade de salários, também com assento constitucional.

<sup>290</sup> Embora a lei sindicada seja de 1994, o termo *recepcionado* fora utilizado, ao que parece, de maneira equivocada, mas em vários outros casos similares, as legislações questionadas são mesmo anteriores à CF/88.

<sup>291</sup> Em específico, ADI 4736, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 25-11-2019 PUBLIC 26-11-2019.

<sup>292</sup> “Art. 29. O servidor preso em flagrante, pronunciado por crime comum, denunciado por crime administrativo, ou condenado por crime inafiançável, será afastado do exercício do cargo, até sentença final transitada em julgado. § 1º Durante o afastamento, o servidor perceberá dois terços da remuneração, excluídas as vantagens devidas em razão do efetivo exercício do cargo, tendo direito à diferença, se absolvido. (NR) § 2º Em caso de condenação criminal, transitada em julgado, não determinante da demissão, continuará o servidor afastado até o cumprimento total da pena, com direito a um terço do vencimento ou remuneração, excluídas as vantagens devidas em razão do efetivo exercício do cargo. (NR)”.

contém outra importante advertência: em face da presunção de inocência e da ampla defesa, a legislação estadual não poderia prever qualquer redução de vencimentos ou remuneração sem que haja prévia *decisão condenatória transitada em julgado*.

Ainda no mesmo tema, em julgamento do RE 482.006/MG<sup>293</sup> ocorrido no Plenário do STF em 07-11-07, o Tribunal já havia manifestado a impossibilidade de redução de vencimentos dos servidores em razão de terem sido denunciados e/ou responderem a processo penal por suposto cometimento de crimes funcionais diante da flagrante violência ao princípio da presunção de inocência.

Do julgamento se podem extrair alguns argumentos importantes nos votos que expressamente exaltaram a presunção de inocência como parâmetro de constitucionalidade: a redução automática de vencimentos implicaria uma *antecipação de pena* sem o devido processo legal e sem qualquer decisão condenatória (RICARDO LEWANDOWSKI); o princípio estatui uma *garantia contra quaisquer medidas gravosas*, pessoais ou patrimoniais, em razão da condição de réu daquele que *ainda não tem contra si uma sentença condenatória transitada em julgado* (CEZAR PELUSO); o princípio tem uma abrangência para *além do âmbito estritamente penal*,<sup>294</sup> alcançando quaisquer medidas restritivas, ainda que de ordem administrativa e estabelece uma conquista fundamental em matéria de liberdades individuais e de contenção ao poder estatal, igualmente submetido a este princípio de magnitude constitucional (CELSO DE MELLO).

A impossibilidade dos descontos salariais estende-se, na linha de entendimento do STF, inclusive para os casos em que o servidor esteja preso preventivamente e naturalmente impossibilitado de comparecer ao trabalho.<sup>295</sup>

Já as prisões automáticas ou obrigatórias foram absolutamente rechaçadas pelo ordenamento jurídico pós CF/88, segundo o próprio entendimento do STF, mas nem por isso

---

<sup>293</sup> (RE 482006, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402).

<sup>294</sup> Embora tenhamos em outro momento salientado que o trabalho não pretende abordar a presunção de inocência num âmbito que extrapole a esfera penal, pensamos que a temática em análise aqui diz respeito ao ambiente processual penal e não ao administrativo, tendo em vista que todas as medidas estabelecidas dizem respeito a processos penais.

<sup>295</sup> (ARE 876980 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 12-05-2015 PUBLIC 13-05-2015); (AI 723284 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 22-10-2013 PUBLIC 23-10-2013).

sob a égide desse novo patamar constitucional esses modelos de privação de liberdade deixaram de ser um instrumento utilizado pelo legislador.<sup>296</sup>

Exatamente em resposta a algumas legislações anteriores à CF ou a alguns movimentos legislativos posteriores a outubro de 1988, o STF proferiu alguns dos mais importantes julgamentos na matéria.

Em relação à problemática envolvendo a (im)possibilidade de execução antecipada da pena em face de sentença condenatória pendente de recurso, reservamos tópico específico para tratar do tema. Não há dúvidas de que a matéria envolve o STF há quase 30 anos e o tema mostrou-se nesse período muito cambaleante e ainda hoje parece distante de uma solução definitiva ou minimamente segura. A rigor, não há exagero em afirmar que a alteração da composição do Tribunal nos próximos anos, sobretudo com a aposentadoria de CELSO DE MELLO em outubro de 2020 e a iminente aposentadoria de MARCO AURÉLIO em 2021, pode desencadear uma nova discussão acerca dessa questão.

Sem prejuízo de uma oportuna análise mais detida acerca do conceito de trânsito em julgado e da natureza da prisão decorrente de sentença condenatória recorrível em face da presunção de inocência,<sup>297</sup> neste momento o objetivo é apresentar as posições do Tribunal quanto ao tema. Pode-se afirmar que a problemática suscitou uma série de julgamentos em contextos distintos, ora tendo em causa os artigos 594 e 595 do CPP, ora o art. 637, CPP, o art. 27, § 2º da Lei n.º 8.038/90,<sup>298</sup> os artigos 105 e 147 da Lei n.º 7.210/84 (LEP) assim como o bem mais novo artigo 283 com a redação dada pela Lei n.º 12.403/11.<sup>299</sup>

Subjacente a todos esses julgamentos esteve a polêmica sobre a conformidade constitucional de uma execução de pena que inicie antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (marco estabelecido pelo art. 5º, LVII, CF/88), razão pela qual as discussões

---

<sup>296</sup> Talvez seja simbólico de como a CF/88 teve pouca ou nenhuma penetração em muitos estratos sociais, políticos e jurídicos, o discurso do então deputado federal MAURILIO FERREIRA LIMA, por ocasião de justificar o projeto de Lei n.º 120, de 1991, que tinha a pretensão de alterar o art. 408 e o art. 594 do CPP. Na época, o parlamentar teceu duras críticas ao que considerava um modelo de justiça penal leniente com os criminosos e indiferente ao cenário de violência epidêmica que assolava o país. Atacou diretamente a chamada Lei Fleury e também as reformas introduzidas em matéria de prisões com a Lei 5349/67 e 6416/77 e trouxe dentro das propostas de seu PL uma tentativa de repristinar as prisões automáticas para os casos que a pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 anos, hipótese na qual o recurso de apelação teria como pressuposto o recolhimento à prisão. Sobre a presunção de inocência consignou: “Ademais não se pode alegar presunção de inocência para se obstacular os julgamentos, notadamente porque em jogo o interesse social que não pode ser preterido pelo individual”. Disponível do Diário do Congresso Nacional, 15 de março de 1991, p. 1951. <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD15MAR1991.pdf&npagina=46>. Acesso em 27 mai 2020. Esse projeto de lei foi posteriormente convertido na Lei n.º 9033/95, que revogou a determinação de lançar o nome do réu no rol dos culpados após a sentença de pronúncia.

<sup>297</sup> V. Cap. III, item 3.1.6.

<sup>298</sup> O artigo foi integralmente revogado pelo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/15.

<sup>299</sup> Merece destaque o fato de que este artigo já foi novamente alterado pela Lei n.º 13.964/2019.

gravitaram em torno de pelo menos quatro pontos relevantes: natureza jurídica da prisão em decorrência da sentença condenatória recorrível; os efeitos jurídicos em razão da interposição dos recursos extraordinário e especial e o próprio objeto do recurso; o conteúdo do instituto jurídico do “trânsito em julgado”.

O Plenário do STF reconheceu, já sob a égide da CF/88, a validade da execução da pena após decisão colegiada de Segunda Instância no HC n.º 68.726/DF, em julgamento proferido no dia 21-06-1991, quando, sob a relatoria de NÉRI DA SILVEIRA, afirmou que a ordem de prisão em razão de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de Segundo Grau, é de natureza processual, destinada a garantir a aplicação da lei penal ou a execução da pena imposta ao condenado por meio do devido processo legal, observada a ampla defesa e o contraditório, a isso se aliando o fator de que os recursos especial e extraordinário previstos no art. 27, § 2º, Lei n.º 8.038/90, não tinham efeito suspensivo.

Em novo julgamento realizado pelo Plenário do STF em 13-09-95 no HC 72-366/SP., o Tribunal volta a discutir no colegiado a eventual incompatibilidade do art. 594 do CPP, então vigente, com o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, CF/88. Na ocasião, novamente liderada pelo voto de NÉRI DA SILVEIRA, a maioria formou-se no sentido de que o disposto no inciso LVII do art. 5º da CF/88 não revogou o mencionado preceito processual e, portanto, reafirmou ser admissível a exigência de recolhimento à prisão por parte do réu reincidente ou que não tivesse prestado fiança para o exercício do direito de apelar.

A rigor, não é fácil consolidar os argumentos determinantes para tomada de posição no Tribunal e essa dificuldade manifesta-se inclusive na análise dos votos da minoria, tendo em vista que os fundamentos são diversos, às vezes sequer parcialmente coincidentes e muitas vezes abdicam de contribuições doutrinárias.<sup>300</sup>

Entretanto, é possível afirmar que a posição então adotada orientava-se pela compreensão amplamente difundida de que a presunção de inocência não impedia nem tinha efeitos significativos sobre a possibilidade de prisões preventivas que igualmente estavam autorizadas pela própria CF/88<sup>301</sup> e nisso residiria a validade da previsão contida no dispositivo sindicado.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> A análise das fontes doutrinárias utilizadas no julgamento do HC 152.752/PR, por exemplo, revela como muitos julgadores não recorrem a contribuições especializadas no assunto, embora existam exceções. Alguns dos julgadores sequer recorreram a textos especializados da área processual penal. Também merece destaque o fato de que julgados da CORTE IDH são escassos, quando não inexistentes nas reflexões.

<sup>301</sup> A compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a decretação de prisões preventivas já era amplamente consolidada na jurisprudência do STF.

<sup>302</sup> Apontam-se, dentre outros, pelo menos os HC 72061 e 74893 que confirmaram a jurisprudência.



O tema aparentemente contava com ambiente para rediscussão no ano de 2003 como se percebe no julgamento da Rcl 2391-MC/PR. O ponto discutido inicialmente tratava de uma decisão do Tribunal proferida no HC 82.909/PR contra decretação de prisão preventiva. Logo após a decisão da Primeira Turma, sobreveio sentença condenatória e a juíza que a proferiu não soltou os réus porque o título de prisão já não seria a decisão da fase de instrução, mas a sentença condenatória mantinha esses fundamentos e acrescia o fato de que o art. 9º da Lei 9.034/95 (revogado pela Lei nº 12.850/13) vedava a apelação em liberdade para réu condenado por crime de quadrilha ou bando, ao passo que o art. 3º da Lei 9.613/98 (revogado pela Lei nº 12.683/12) concedia ao juiz a faculdade de, fundamentadamente, permitir ao condenado apelar em liberdade. Em decorrência dessa circunstância foi proposta a Reclamação, tendo como objeto o descumprimento da decisão do Tribunal.

Depois de esclarecido pelo Tribunal que a Magistrada de origem deixou de conceder a liberdade aos réus em cumprimento ao HC por conta da sentença condenatória e dos novos argumentos utilizados, CEZAR PELUSO propôs afetar o tema ao Plenário a fim de examinar a constitucionalidade da prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível (execução antecipada da pena), dada a aparente colisão com o princípio da presunção de inocência.

A Primeira Turma afetou o tema ao Plenário, acolhendo a proposta em sessão de 09-09-03. No entanto, em 10-03-05, o Plenário do STF entendeu prejudicada a questão e não resolveu o mérito da causa tendo em vista que os interessados obtiveram liberdade por decisão proferida no STJ.

Noutro caso, em 24-11-04, a Primeira Turma do STF remete ao Plenário o HC 84.078/MG. Em fevereiro de 2009, ocorre então uma mudança jurisprudencial do Plenário da Corte, passando a não mais admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Esse julgamento é particularmente importante porque emanado do Plenário da Corte e implica na sinalização de uma mudança na prática forense a partir daquele momento. Merece destaque o fato de que fora proferido em sede de controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual não dispunha de efeito vinculante, embora o novo entendimento tenha ganhado adesão.<sup>303</sup>

---

<sup>303</sup> Logo após o julgamento pelo Plenário do STF, o STJ passa a aderir ao novo entendimento, como demonstram, por exemplo, os seguintes julgados: (HC 115.624/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009); (HC 103.429/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 23/03/2009).

Na ocasião houve uma ampla discussão acerca do alcance do princípio, o seu conteúdo e os efeitos gerados na legislação infraconstitucional. Para o tema em debate, destacamos alguns trechos dos votos em que se desenvolveu uma tentativa de consolidação do conteúdo do princípio em causa, notadamente no que diz com a norma de tratamento.

De acordo com EROS GRAU, relator do HC, ser culpado equivale a ter de suportar uma execução imediata da pena. Segundo ele, a CF/88, em seu art. 5º, inciso LVII, não permite que nem a lei nem qualquer decisão judicial possam impor ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ocorrer a título de cautelar.

Afirmava ainda que a Reforma Penal de 1984 já conferia concreção ao princípio da presunção de inocência ao condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; também faz alusão ao julgamento do STF no RE 482.006 em que o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade de norma estadual que permitia o desconto salarial de servidor público processado criminalmente. E aqui ele pedia coerência e um tratamento isonômico para também reconhecer a impossibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade como sanção antes do trânsito em julgado em nome de um tratamento semelhante dispensado à proteção do patrimônio e da liberdade.

Já CELSO DE MELLO assinalava que ninguém pode ser tratado como se culpado fosse antes do trânsito em julgado em nome da liberdade do cidadão. Ao se reportar ao seu voto no HC 96.095, fala expressamente do dever de tratamento a que está submetido o Estado por conta da presunção constitucional de inocência.

Assim, a presunção de inocência funciona como um obstáculo constitucional a decisões estatais que possam afetar o exercício de direitos básicos, como direito de liberdade e os direitos políticos, razão pela qual a simples existência de procedimentos em curso não tem o condão de gerar consequências restritivas aos direitos individuais quando elas se mostrem incompatíveis com o princípio mencionado. Ademais, é importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia gradativamente, mantendo sua integralidade até o momento do trânsito em julgado. Ou seja, episódios processuais não definitivos não podem repercutir de maneira irreversível na esfera de direitos agasalhada sob o estado de inocência.

Enfim, o que CELSO DE MELLO afirma é que situações jurídico-processuais não definidas por decisão irreversível, que eventualmente repercutem de forma restritiva nos direitos do acusado, transgridem a presunção constitucional de inocência, motivo pelo qual ele aponta que inquéritos policiais em andamento, processos penais, processos civis ou de improbidade administrativa em curso, ou mesmo condenações penais recorríveis, enquanto

suscetíveis de pronunciamento absolutório, não podem descaracterizar a garantia fundamental prevista no art. 5º, LVII, CF/88.

CEZAR PELUSO lembrou que a consagração do princípio da presunção de inocência ocorre no contexto da Revolução Francesa justamente como uma reação política contra a maneira como o réu era tratado no processo, ou seja, é uma conquista histórica sobre o modo de tratamento processual do réu, uma reação contra o tratamento desumano e injusto que o Estado lhe dispensava.

O conteúdo jurídico do princípio expressa uma garantia no sentido substancial, não no sentido de remédio processual. No sentido de que o ordenamento jurídico não imporá ao réu nenhuma medida restritiva ou sancionatória baseada num juízo de culpabilidade que não tenha alcançado o trânsito em julgado. Ou seja, qualquer medida com esse caráter que não tenha como pressuposto um juízo de culpabilidade definitivo ofende o princípio da presunção de inocência.

Ademais, o princípio é correlacionado ao devido processo legal, de onde extrai energia para incorporar um dever estatal de obediência ao processo devido, isto é, um processo justo capaz de levar à prova da culpabilidade e à pena, mas orientado pelo adequado tratamento do réu em sua condição digna de ser tratado como inocente, portanto, não sofrendo sanções antecipadas. Por isso, para CEZAR PELUSO, não faria qualquer sentido ler o art. 637 do CPP ou o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, no sentido de que autorizam a execução provisória da pena. Seria dar um direito em abstrato, mas o negar na prática.

GILMAR MENDES reforçou que considera incompatível com o princípio da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento de pena. "Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano".

Formada a maioria no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ser decretada a título cautelar, afirmou-se que os artigos da LEP que exigem trânsito em julgado para início da pena privativa de liberdade e de restrição de direitos são compatíveis com a CF e sobrepõem-se temporal e materialmente ao art. 637 do CPP.

Esse posicionamento sofreria uma nova reviravolta em três julgamentos proferidos no Plenário do STF no ano de 2016, começando em fevereiro pelo HC 126.292/SP, em outubro com o indeferimento das Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e, em novembro, com a reafirmação de jurisprudência em sede de Repercussão Geral no AgRE 964.246/RG.

Em 17-02-16, o Plenário do STF, por sete votos a quatro, retoma a orientação mais antiga da Corte, afirmando que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Ainda que a noção de dever de tratamento tenha novamente sido objeto de debate, o julgamento foi pautado por argumentos diversos e a maioria vencedora orientou-se por outras direções do princípio e da própria legislação infraconstitucional, além de incorporar elementos de ordem pragmática e moral para fundamentar a decisão adotada.

Mas especificamente no que toca ao princípio, podem-se destacar, dentre os votos vencedores, a prevalência da perspectiva probatória, atribuindo ao órgão acusador o dever de provar a culpa do acusado; a circunscrição do princípio ao âmbito das instâncias ordinárias, em que a matéria fática está sob discussão; a possibilidade de gradação do tratamento ao réu, conforme avança o processo e ficam robustecidas as provas incriminatórias; a classificação da norma do inciso LVII como um princípio, portanto, passível de ponderação; a possibilidade de prisão do condenado em segundo grau, porque a prisão seria uma exigência de ordem pública em nome da credibilidade do próprio sistema de justiça criminal e porque a prisão é compatível com o tratamento de condenado, sendo que a CF/88 veda a consideração antecipada do réu como culpado; o princípio exigiria atualmente uma mutação constitucional para que se pudesse reconhecer o efetivo sentimento social acerca de sua conformidade.

Assim, diria TEORI ZAVASCKI que, após o julgamento do recurso de apelação, “tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.<sup>304</sup>

Para GILMAR MENDES, a própria legislação processual penal permite verificar a forma gradativa como o imputado pode ser tratado. No primeiro exemplo, refere que o desenho jurídico brasileiro autoriza uma busca e apreensão com indícios de crime. Mas para o recebimento de uma denúncia, “já exige alguma coisa mais densa, a ideia de materialidade”.<sup>305</sup>

Para ele, a garantia institucional da presunção de inocência impede, “de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a

---

<sup>304</sup> BRASIL, 2016, p. 6/7, voto do Min. Teori Zavascki no HC 126.292/SP.

<sup>305</sup> BRASIL, 2016, p. 66, voto do Min. Gilmar Mendes no HC 126.292/SP.

definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador”.<sup>306</sup> Ou seja, não é possível extrair com precisão o âmbito de proteção do preceito constitucional.

Prossegue afirmando que o tema gera uma espécie de conflito, já que, de um lado, deve-se preservar o imputado contra “juízos precipitados acerca de sua responsabilidade” e, de outro, é difícil compatibilizar “o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa”.

Daí se extrair um espaço lato de conformação do legislador, devidamente respaldado na ideia de que a presunção de inocência é um princípio que, naturalmente, admite gradação e não deve ser aplicado no método tudo ou nada. “Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável”. Também cita como exemplo a Lei da Ficha Limpa que previu restrições do exercício de direitos políticos para condenados, ainda que por decisões não transitadas em julgado. Da mesma forma, o cumprimento de uma pena torna-se apenas um efeito de um tratamento mais severo autorizado pelo legislador.<sup>307</sup>

LUIZ FUX afirmara que presunção de inocência é o que consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada. Não há necessidade do trânsito em julgado*”.<sup>308</sup> Assinala que “essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional”, razão que autorizaria o abandono de precedentes em virtude da incongruência sistêmica e social que causam. Conclui afirmando que a presunção de inocência cessa com a comprovação da culpabilidade do agente, “máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais”.<sup>309</sup>

De acordo com CÁRMEN LÚCIA o que a CF/88 veda é considerar culpado alguém que não fora condenado. E, diante de reflexos da condenação na seara civil, “admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal”. Em suas palavras:

Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais.<sup>310</sup>

<sup>306</sup> BRASIL, 2016, p. 67, voto do Min. Gilmar Mendes no HC 126.292/SP.

<sup>307</sup> BRASIL, 2016, p. 67/69, voto do Min. Gilmar Mendes no HC 126.292/SP.

<sup>308</sup> BRASIL, 2016, p. 58, voto do Min. Luiz Fux no HC 126.292/SP. Todas essas questões serão, de forma ou outra, submetidas a debate posteriormente, registrando-se, de imediato, alguma perplexidade por não haver explicação sobre eventuais fundamentos que fazem da DUDH norma a ser observada em detrimento da CF/88.

<sup>309</sup> BRASIL, 2016, p. 60, voto do Min. Luiz Fux no HC 126.292/SP.

<sup>310</sup> BRASIL, 2016, p. 61, voto da Min. Carmen Lúcia no HC 126.292/SP.

Conclui afirmando que o que a “Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive de normas internacionais de Direitos Humanos”.<sup>311</sup>

Por fim, de acordo com ROBERTO BARROSO, a CF/88 não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, mas sim à culpabilidade. Para a prisão basta uma ordem escrita e fundamentada. Ademais, como a presunção de inocência é um princípio, admite-se a ponderação com outros princípios, sobretudo o interesse constitucional na efetividade da lei penal (art. 5º LXXVIII e art. 144).<sup>312</sup>

Ele dá início então ao procedimento de ponderação. Para tanto, defende haver um conflito entre a presunção de inocência e o interesse constitucional na efetividade da lei penal (considerada sua perspectiva de prevenção geral e especial e a proteção de bens jurídicos atribuída à legislação penal).

Ato seguinte, para distinguir o peso da presunção e da efetividade da jurisdição, ele utiliza um critério gradativo de andamento do processo. Quanto mais o processo avança, com condenação de primeiro e segundo graus, mais pesado fica o interesse na pena e menos importante o princípio da presunção de inocência. Por isso que, quando já há a decisão de 2º Grau, o sacrifício da presunção é imposto pela necessidade de proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, até porque são mínimos os recursos providos para absolvição de réu perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>313</sup> Essa compreensão, segundo afirma, evita que o Estado descumpra dever de proteção ao cidadão. Isso porque a proteção eficiente ocorreria exatamente por meio da pena provisória. Portanto:

O sacrifício imposto ao princípio da presunção de inocência é justificado em razão dos ganhos advindos com a proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como

---

<sup>311</sup> BRASIL, 2016, p. 62, voto da Min. Carmen Lúcia no HC 126.292/SP.

<sup>312</sup> BRASI, 2016, p. 40/41, voto do Min. Roberto Barroso no HC 126.292/SP. A propósito, a partir desse pressuposto, é que o Ministro consegue tangenciar o art. 283 do CPP que exige ordem judicial devidamente fundamentada para a prisão. Ele defende a impossibilidade de aplicação do art. 283 diante do Texto Constitucional, tendo em vista que a própria CF/88 autorizaria a prisão antes do trânsito em julgado. No entanto, o equívoco da conclusão decorre da própria distorção da premissa da qual ele parte. Porque a ordem judicial e fundamentada de que se cogita é exatamente aquela que atende às exigências das prisões preventivas e não simplesmente de uma condenação ainda sujeita a recurso, a não ser, claro, que se despreze toda a sistemática processual construída doutrinariamente sobre o assunto. Essa questão voltou a ser discutida no dia 05.10.16 na sessão plenária que analisou o pedido de medida cautelar nas ADCs 43 e 44, quando o Ministro Lewandowski, rebatendo o argumento exposto por Barroso, assinalava a distinção entre as duas formas de decisão, advertindo para a falta de fundamentação própria para o caso nas sentenças que serviriam para a prisão automática, sem se sustentar em uma necessidade cautelar.

<sup>313</sup> O Ministro aponta os seguintes dados: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (RE's e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. Seriam AREs 857.130, 675.223, 602.561, 583.523, RE's 755.565, 924.885, 878.671, 607.173, AI 580.458). BRASIL, 2016, p. 33, voto do Min. Roberto Barroso no HC 126.292/SP.

comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*.<sup>314</sup>

Ou seja, a partir da ponderação proposta chega à conclusão de que a execução antecipada da pena não viola a presunção de inocência estabelecida na CF/88. Essa recente orientação do Plenário do STF seria em seguida reafirmada no indeferimento das Cautelares nas ADCs 43 e 44.

Por iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e do Partido Ecológico Nacional, a polêmica foi reaberta no âmbito do STF em sede de controle concentrado. Nas ações declaratórias de constitucionalidade foram propostas novas estratégias de abordagem que coincidiam num propósito: conter o avanço jurisprudencial do STF sobre a garantia da presunção de inocência.

Em síntese, ambas invocaram o art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei 12.403/11, a fim de ver declarada a constitucionalidade do dispositivo, o que, no entender dos autores, permitiria interditar quaisquer pretensões de execução antecipada de pena criminal, uma vez que o aludido dispositivo condicionava a prisão à ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, em caso de sentença condenatória transitada em julgado ou prisão temporária ou preventiva, e nos casos de flagrante delito.

O julgamento da medida cautelar que requeria principalmente a suspensão dos processos que envolvem a temática até que o Plenário se manifestasse definitivamente, iniciado em 01.09.16 com o voto do Min. Rel. MARCO AURÉLIO, foi encerrado no histórico e significativo dia 05.10.16, data comemorativa do 28º aniversário da CF.

No julgamento das medidas cautelares, o STF manteve a decisão adotada em fevereiro de 2016, isto é, permitindo a execução provisória da pena após a decisão de 2º Grau, independentemente de recursos pendentes de julgamento nas instâncias extraordinárias, não sem um debate acalorado proporcionado, sobretudo, por integrantes da minoria que, seguramente, já antecipavam o resultado diante da proximidade com que ocorria a análise do caso novamente.

No mês seguinte, em 10-11-16, o Plenário virtual da Corte julgou o ARE 964.246/RG, reafirmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

---

<sup>314</sup> BRASIL, 2016, p. 41/42, voto do Min. Roberto Barroso no HC 126.292/SP.

Em 05-04-18, um novo julgamento paradigmático foi realizado no Plenário do STF na análise do HC 152.752/PR, ocasião em que o Tribunal, por apertada maioria, reafirmou a possibilidade de execução provisória da pena, quando perfectibilizada a condenação nas instâncias ordinárias, ainda que pendentes recursos desprovidos de caráter suspensivo.

Nesse julgamento vale mencionar uma novidade introduzida pela proposta do Min. GILMAR MENDES,<sup>315</sup> que oferecia, na linha de DIAS TOFFOLI, uma solução intermediária. Os demais votos não ofereceram elementos doutrinários consideravelmente distintos daquilo que já vinham consignando anteriormente. Trabalhando novamente com a ideia de tratamento gradativo conforme o avanço do processo, GILMAR MENDES parte da noção de trânsito em julgado progressivo e formação parcial da coisa julgada para oferecer a debate um novo enquadramento da execução antecipada da pena, em conformidade com o princípio da presunção de inocência.

De acordo com a formulação, a presunção de inocência é compatível com a execução antecipada da pena, sempre de forma excepcional, diante da aplicação da forma progressiva da culpa, de modo que seja possível executar a sentença a partir do julgamento pelo STJ do REsp e AResp. Fora da possibilidade de trânsito em julgado progressivo, seriam três as outras possibilidades de execução antecipada: 1. a parte líquida da sentença não mais controvertida em razão de ausência de argumentação recursal; 2. quando a parte interessada precipitar, por meio de HC, questões jurídicas iguais ou mais amplas das ventiladas em RE ou REsp, de modo que se tornam desnecessárias delongas em razão de aguardar o julgamento do recurso pendente; 3. em caso de crimes graves, regime fechado, diante da necessidade de garantia da ordem pública ou aplicação da lei penal, cabendo à jurisprudência delinear novos contornos para o que seja ordem pública, figurando aí certamente a necessidade de salvaguardar alguma credibilidade das instituições do sistema de justiça criminal.

O mais recente pronunciamento do Plenário do Tribunal ocorreu em 2019, iniciado em 23-10-19 e encerrado no dia 07-11-19, com a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a redação que lhe dera a Lei n.º 12.403/11, reconhecendo, por maioria de votos (6 x 5), que a norma exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para início de execução penal, sendo admitida a prisão processual antes desse marco somente a título cautelar (prisão preventiva).<sup>316</sup>

---

<sup>315</sup> BRASIL, 2018, p. 117 e ss, voto do Min. Gilmar Mendes no HC 152.752/PR.

<sup>316</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso



Por fim, é de se mencionar que a Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, trouxe alterações legais nos artigos 283, 313, §2º e 492, que aparentemente impactam nesse tema e serão oportunamente analisados.

No que toca às *execuções provisórias de penas restritivas de direitos*, merece destaque o fato de que historicamente o STF não a admitia, posição que passou a ser repensada e oscilar a partir do julgado do HC 126.292/SP, como revelam, dentre outros, os julgamentos do RE 1216799,<sup>317</sup> Min. Rel. p/ acórdão Alexandre de Moraes, em que a Primeira Turma consignou que a execução provisória da pena fixada definitivamente pelas instâncias ordinárias é compatível com o princípio da presunção de inocência, tendo em vista, a esse teor, que o julgamento do STF no ARE 964.246/RG não restringiu o alcance do entendimento sufragado pelo Plenário às penas privativas de liberdade.

Em sentido diametralmente oposto, a Segunda Turma julgou em 06-12-19 o ARE 1233470/SP, Min. Rel. Gilmar Mendes, advertindo que a execução provisória de pena restritiva de direitos não fora objeto de julgamento no HC 126.292/SP, ADCs 43 e 44 ou no ARE 964.246/RG, razão pela qual seria impossível iniciá-la antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.<sup>318</sup>

Quanto a *prisões decorrentes de determinação legal ou 'prisão preventiva obrigatória'*, podemos apontar alguns acórdãos de indiscutível relevância que analisaram basicamente proibições legais de concessão de liberdade provisória.

Na ADI 3112, julgada pelo Plenário do STF em 02-05-07, declarou-se a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei n.º 10.826/03 que vedava a concessão de liberdade provisória no caso dos crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 da mesma Lei (posse ou porte de arma ou munição de uso restrito, comércio ilegal de armas de fogo e tráfico internacional de armas de fogo, respectivamente).

Entendeu-se que o dispositivo violava o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, CF/88. Segundo se extraiu de alguns votos em que o tema esteve presente de forma mais explícita, o dispositivo mencionado veda a prisão decorrente de previsão legal

---

em 30 jan. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 – Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

<sup>317</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1216799 - Paraná**. Relator(a): Rosa Weber. Primeira Turma, julgado em 06/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 14-04-2020 PUBLIC 15-04-2020). Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em 30 jan. 2021.

<sup>318</sup> (RE 1233470 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 11-02-2020 PUBLIC 12-02-2020).

(RICARDO LEWANDOWSKI), não afetando as prisões preventivas, desde que fundamentadas.

Ademais, a presunção de inocência veda a execução antecipada da pena e por decorrência também a inafiançabilidade disposta em lei, o que na prática conduz a uma execução, assim como torna inválida também a proibição de concessão de liberdade provisória, de acordo com a exposição de EROS GRAU, que na ocasião já reivindicava celeridade do Tribunal para julgar o HC 84.078/MG.<sup>319</sup>

Para GILMAR MENDES, a prisão obrigatória decorrente de presunção de necessidade legal é absolutamente incompatível com a presunção de inocência. A rigor, declarou, a medida tentava resgatar uma concepção própria de um vetusto dogma que lastreava o processo penal na presunção de culpabilidade e no âmbito do qual a liberdade era sempre excepcional e provisória, enquanto a prisão a regra. Em verdade, acrescentara o Ministro, esse cenário já fora superado antes mesmo da CF/88, quando por meio da Lei n.º 6.416/77 o legislador autorizou a liberdade provisória para casos de inafiançabilidade. No mais, adverte que a presunção de inocência exige que toda prisão antes do trânsito em julgado seja fundamentada judicialmente diante de uma situação concreta de caráter cautelar.

Segundo CEZAR PELUSO, a presunção de inocência prevista no inciso LVII não se trata de presunção num sentido técnico ou “atécnico”, mas uma garantia em favor de quem se encontra na condição de réu de que não sofrerá, antes de um processo finalizado, qualquer sanção ou medida com caráter sancionatório e que, portanto, implique restrição de qualquer direito de qualquer espécie.

Em 10-05-12, no julgamento do HC 104.339/SP, o Plenário do STF voltou a enfrentar tema similar ao analisar o art. 44 da Lei n.º 11.343/06, ocasião em que se declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” contida no preceito sindicado, tendo em vista que a vedação à liberdade provisória para pessoas suspeitas ou acusadas dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei de Drogas violava simultaneamente diversos princípios constitucionais, dentre os quais se destaca a presunção de inocência.<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> BRASIL, 2009, p. 63, voto do Min. Eros Grau no HC 84.078/MG. Sabe-se que o julgamento deste HC em fevereiro de 2009 mudaria a jurisprudência do STF, reconhecendo a impossibilidade de execução antecipada da pena, em casos de sentença recorríveis ou pendentes de recursos.

<sup>320</sup> A decisão do Supremo Tribunal Federal foi comunicada ao Senado Federal por meio do Ofício n.º 2845/P de 06-10-2016, para fins do art. 52, X, CF/88. No Senado Federal foi registrado sob o n.º Ofício ‘S’ nº 23, de 2016, em 27-10-2016 e continua em tramitação sem que tenha qualquer parecer ou encaminhamento do caso. Em agosto de 2017, o tema foi objeto de julgamento pelo Plenário do STF no âmbito da Repercussão Geral.

Para GILMAR MENDES, a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros, porque o afastamento da liberdade e da possibilidade de análise judicial sobre a necessidade de prisão cautelar traduz nítida *antecipação de pena*, posição acompanhada pela maioria do Plenário.

Dentre as manifestações dos(as) Ministros(as), algumas avançaram no tema da presunção de inocência para além do desdobramento prático no caso concreto.

Conforme ROSA WEBER, o princípio da presunção de inocência é cardeal no processo penal de um Estado Democrático e, a despeito de várias interpretações possíveis, é comumente aceito que ele impede a prodigalização desnecessária de restrições à liberdade antes de um julgamento em que se comprove a responsabilidade criminal do processado.<sup>321</sup>

Para DIAS TOFFOLI, o princípio da presunção de inocência confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, pois os indivíduos nascem livres, somente se admitindo que sejam levados ao cárcere quando verificada efetivamente a necessidade. Assim, sendo a liberdade um dos dogmas do Estado Democrático de Direito, é natural que a Constituição imponha determinados parâmetros com relação à prisão, tornando qualquer restrição à liberdade sujeita à legalidade estrita. Acrescenta que, no caso das prisões cautelares, essas exigências tornam-se ainda mais rígidas porque, diante do princípio da presunção de inocência, a antecipação do resultado do processo é uma providência excepcional que se não deve confundir com execução antecipada da pena.<sup>322</sup>

No caso de CEZAR PELUSO pode-se entender que o princípio veda uma medida gravosa à liberdade do acusado antes do termo definitivo do processo.<sup>323</sup> A garantia do tratamento justo inerente ao princípio dito da presunção de inocência não tolera, simplesmente por conta de processo penal pendente, "imposição de nenhuma medida gravosa à esfera jurídica e, *a fortiori*, à liberdade física do réu, enquanto lhe não seja provada a culpabilidade em decisão definitiva".<sup>324</sup>

Interessante é notar que, para MARCO AURÉLIO, o princípio da presunção de não culpabilidade cinge-se à impossibilidade de execução do título penal condenatório antes do trânsito em julgado, não avançando sobre a possibilidade de outras medidas restritivas durante o inquérito ou processo, razão pela qual, no caso concreto, ele não reconhecia

---

<sup>321</sup> BRASIL, 2012, p. 36, voto da Min. Rosa Weber, no HC 104.339/SP.

<sup>322</sup> BRASIL, 2012, p. 44, voto do Min. Dias Toffoli, no HC 104.339/SP.

<sup>323</sup> BRASIL, 2012, p. 50, voto do Min. Cezar Peluso, no HC 104.339/SP.

<sup>324</sup> BRASIL, 2012, p. 50, 57, voto do Min. Cezar Peluso, no HC 104.339/SP.

inconstitucionalidade na vedação à liberdade provisória estabelecida na Lei de Drogas. O princípio, segundo ele e na linha do que vinha sendo aplicado em âmbito eleitoral, não tem a largueza que se busca dar, no sentido de impedir medidas restritivas anteriores ao fim do processo.<sup>325</sup>

Em 10-08-17, o Plenário reafirmou a jurisprudência no sentido de que “É inconstitucional a expressão ‘e liberdade provisória’, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006, ao julgar o RE 1.038.925/SP, tentando com isso dar uma abrangência mais elástica à decisão de maio de 2012 como uma resposta à falta de providências por parte do Senado Federal.

Outro ponto instigante na matéria foi o julgamento proferido pelo Plenário do STF em 18-12-92 no HC 69.696/SP, quando o Tribunal, sob o voto condutor do Min. CELSO DE MELLO, reconheceu que a inscrição do nome do réu no rol dos culpados, em decorrência de sentença de pronúncia, violaria a presunção de não culpabilidade porque a expressão "rol dos culpados" tem um sentido claro para designar a relação daqueles que estão definitivamente condenados. Por isso, o art. 408, § 1º estava derogado em razão do inciso LVII, art. 5º, com ele materialmente incompatível. Assim, a incompatibilidade com o lançamento no rol dos culpados ocorria por causa da ausência de comprovação dessa responsabilidade criminal de forma definitiva, ou seja, antes de a sentença transitar em julgado.

Saliente-se, a propósito, que a determinação então contida no art. 408, § 1º, foi posteriormente revogada pela Lei n.º 9.033, de 2 de maio de 1995, que suprimia do preceito a expressão “mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados”.

Hipótese similar constava do art. 393, II, CPP, que previa como efeitos da sentença condenatória recorrível o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. Nesse caso o dispositivo só foi revogado pela Lei n.º 12.403/11, mas muito antes já havia julgados de Turmas do STF reconhecendo a derrogação do preceito em razão do princípio da presunção de inocência encartado na CF/88. Por exemplo: No HC 82812/PR, julgado em 03-06-03 pela Segunda Turma, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado foi tido como indevido por afronta ao princípio da não culpabilidade. Como disse o Min. Rel. CARLOS VELLOSO, o Supremo Tribunal Federal em vários julgados já vinha afirmando a impossibilidade de lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado

---

<sup>325</sup> BRASIL, 2012, p. 69, voto do Min. Marco Aurélio, no HC 104.339/SP.

da decisão condenatória. Com efeito, entendimento semelhante já havia sido consignado no HC 80.174/SP, julgado pela Segunda Turma em 06-06-2000.<sup>326</sup>

Bem mais recente foi o julgamento pelo Plenário da ADI 4911, em que se reconheceu a inconstitucionalidade do art. 17-D, da Lei n.º 9.613/98, com a redação que lhe dera a Lei n.º 12.683/12, ao atribuir como efeito automático do indiciamento em crimes de lavagem de capitais o afastamento do servidor público de suas funções, sem prejuízo de remuneração e demais direitos. A norma previa que o afastamento permaneceria até que o juiz competente autorizasse o retorno do indiciado ao cargo. Como ficou exposto na ementa do julgado e no voto condutor, de ALEXANDRE DE MORAES, o efeito cautelar automático ou desprovido de fundamentação concreta idônea é incompatível com o princípio da presunção de inocência.<sup>327</sup>

Anote-se, por oportuno, que muito embora não tenha trazido aqui abordagens mais amplas sobre julgamentos que escapam à centralidade da matéria criminal, alguns julgamentos no âmbito eleitoral foram objeto de acesos debates em tema de presunção de inocência, com destaque evidente para o tema das inelegibilidades. Há pontos de contato nessa polêmica e na compreensão da presunção de inocência como exigência constitucional de tratamento, já que, em essência e diante do art. 5º, LVII e do art. 15, III, ambos da CF/88, as exigências legais que impedem a participação de cidadãos em pleitos eleitorais são reconduzíveis ao parâmetro de constitucionalidade multicitado diante da implementação de restrições de direitos políticos em consequência de processos criminais ainda inacabados.

Cite-se, a propósito, o julgamento plenário pioneiro no RE 86.297/SP, realizado em 17-11-76, quando, por maioria, o STF reconheceu como válida norma da então vigente LC 5/70

---

<sup>326</sup> Curiosamente, em julgados acerca da incompatibilidade do lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado de sentença condenatória é comum a referência ao HC 72.610/MG, julgado pela Primeira Turma em 05-12-95. A análise do voto condutor proferido pelo Min. Rel. Celso de Mello, no entanto, não permite concluir que desse julgamento seria possível extrair-se fundamento determinante e paradigmático sobre o tema. A rigor, sequer há exame dessa matéria no voto. A única referência feita no voto ao tópico da invalidade do rol dos culpados antes do trânsito em julgado consta da transcrição de uma ementa do HC 72.171/SP, julgado em 27-10-95, onde há referência ao princípio da não culpabilidade como impeditivo de lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado. Todavia, o acórdão não foi invocado pelo Min. Relator para tratar desse tema especificamente, mas sim para afirmar a posição do Tribunal no sentido de que o princípio da não culpabilidade não é obstáculo à expedição de mandado de prisão depois de concluído julgamento pelo Tribunal em Segundo Grau, ainda que a determinação tenha constado de decisão proferida em recurso exclusivo da defesa. Apesar disso, houve uma referência expressa na ementa do julgado sobre o rol de culpados.

<sup>327</sup> Os argumentos de reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito são vários, sendo a presunção de inocência, dentre afirmações de falta de motivação concreta da medida, violação ao princípio da isonomia, etc. “[...] 4. A presunção de inocência exige que a imposição de medidas coercitivas ou constritivas aos direitos dos acusados, no decorrer de inquérito ou processo penal, seja amparada em requisitos concretos que sustentam a fundamentação da decisão judicial impositiva, não se admitindo efeitos cautelares automáticos ou desprovidos de fundamentação idônea. [...]” (ADI 4911, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020).

que impedia a candidatura de pessoas contra quem pendia processo penal com denúncia recebida por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou por ter arguido inelegibilidade ou impugnado candidaturas falsamente ou por outros motivos determinados. Embora a decisão de mérito não tenha invalidado o dispositivo,<sup>328</sup> quatro votos vencidos já sinalizavam para a violação, dentre outros, ao princípio da presunção de inocência, naquela altura, extraído da DUDH por meio da cláusula de abertura dos direitos fundamentais prevista no art. 153, § 36, da CF/1969.<sup>329</sup> Essa norma, aliás, foi alterada ainda durante o regime militar, por meio da LC 42/82, que suprimiu do texto a referência aos processados, mantendo apenas os condenados, enquanto não reabilitados, como inelegíveis.<sup>330</sup>

Ainda no campo das inelegibilidades, a presunção de inocência foi central para fundamentar a decisão do Plenário na ADPF 144, sob relatoria de CELSO DE MELLO, assentando-se nesse julgado que o princípio era incompatível com pretensões de antecipar efeitos de condenações judiciais, notadamente para suspender direitos políticos e impedir candidaturas sem que as respectivas decisões tivessem alcançado trânsito em julgado. A exigência do fator temporal decorreria não só do princípio insculpido no inciso LVII do art. 5º, da CF/88, no caso em análise, mas também de regras próprias da LC 64/90 que o exigiam.<sup>331</sup>

---

<sup>328</sup> “Art. 1º, I, n): os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados”.

<sup>329</sup> A corrente vencida apontava para inconstitucionalidade de uma medida que impedia pessoas de participarem do pleito eleitoral simplesmente porque denunciadas criminalmente, em total desprezo ao princípio da presunção de inocência. Em geral, e o voto do Min. Leitão de Abreu é o mais impressionante no tema, buscava-se fundamentar a existência do princípio no reconhecimento explícito de sua importância por meio da DUDH e na combinação de seus preceitos com um sistema jurídico talhado pela CF vigente. Ademais, a norma era tão discutível que chegava a equiparar, para fins de impedimento eleitoral, os simplesmente processados aos já condenados. Por outro lado, a corrente vencedora recorreu, dentre outros, aos argumentos de que o princípio da presunção de inocência não se devia confundir com regras de inelegibilidade, que assumiam feição cautelar, no caso recomendada para preservação da moralidade do pleito, além de circunscrever a aplicação do princípio ao âmbito criminal, normalmente resumido à distribuição do ônus probatório e, por fim, refutando a hipótese de incorporação ao ordenamento jurídico interno de declaração internacional puramente programática, a saber, a DUDH. Sobre o tema, V. (RE 86297, Relator(a): THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1976, DJ 26-11-1976 PP-10206 EMENT VOL-01044-03 PP-00579 RTJ VOL-00079-02 PP-00671).

<sup>330</sup> Também a redação dada ao art. 1º, I, n, da LC 05/70 pela alteração promovida pela LC 42/82 foi examinada na 1ª Turma do STF, tendo o colegiado decidido, nos termos do voto do Min. Rel. OSCAR CORREIA, que a norma se referia a condenados por decisões judiciais transitadas em julgado. Aliás, o relator chegou a afirmar que seria desnecessária referência ao trânsito em julgado, posto que a legislação que mencione condenação como critério de restrição de direitos só pode se referir mesmo a decisão transitada em julgado. Dentre outras considerações, é relevante que tenha apontado em seu voto que o interessado em obter o registro da candidatura juntou aos autos do ARE certidão de sua absolvição no TFR. (RE 99069, Relator(a): OSCAR CORREA, Primeira Turma, julgado em 12/11/1982, DJ 02-08-1985 PP-12050 EMENT VOL-01385-03 PP-00515).

<sup>331</sup> O voto de CELSO DE MELLO é bastante longo e aborda o tema em pontos diversos, desde a perspectiva ampla de abrangência do princípio, para além do domínio estritamente penal, até as projeções como dever de tratamento por parte do Estado e seus desdobramentos no campo probatório, passando também pela necessária

Como é sabido, mais tarde o tema das inelegibilidades seria novamente posto em causa ante o princípio da presunção de inocência, desta vez, tendo se formado maioria a fim de restringir a abrangência do princípio a um âmbito mais restrito, além de conformá-lo em forma menos elástica, com o propósito de permitir impedimentos de candidaturas a despeito da ausência de trânsito em julgado de decisões judiciais e até mesmo administrativas.<sup>332</sup>

Em geral, todos esses julgamentos apresentados tiveram como fundamento, ainda que não isolado, o princípio da presunção de inocência e tanto o resultado do que foi decidido quanto a análise de alguns aspectos doutrinários versados nos votos permite avaliar, mesmo que parcialmente, a penetração do direito-garantia fundamental nas posições teóricas dos decisores, assim como examinar a intensidade e a abrangência da norma a partir do que ficara consignado nos acórdãos.

Como se disse inicialmente, nem sempre é fácil encontrar fundamentos sólidos e combinados nas decisões que possam, de fato, representar uma posição segura do Tribunal acerca de um tema. A sistemática de formação de maioria adotada pela Corte, praticamente à revelia de construção racional de consensos mínimos, torna esse trabalho de extração de princípios da decisão mais desafiador.

---

conexão entre presunção de inocência e trânsito em julgado das sentenças condenatórias, em nome do respeito ao fator temporal estabelecido constitucionalmente. A posição adotada pela Corte, na ocasião, contrariava a pretensão da AMB que buscava, por meio do reconhecimento de aplicação imediata do art. 14, § 9º, da CF/88, autorização para juízos sobre a vida pregressa dos candidatos. (ADPF 144, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215-01 PP-00031).

<sup>332</sup> Sobre esse ponto, houve amplo debate no julgamento pelo Plenário do STF da ADI 4578 e das ADCs 29 e 30 que puseram em causa a constitucionalidade de algumas normas da LC 64/90, introduzidas pela chamada Lei da Ficha Limpa, LC 135/2020. No que toca especificamente à presunção de inocência, LUIZ FUX, relator das ações, afirmou, em síntese, que se trata de uma garantia genuinamente destinada à seara penal e processual penal e que deveria, num esforço hermenêutico de redução teleológica, reduzi-la a este âmbito mais estrito, em nome de uma adequada compreensão dessa regra (para ele, presunção de inocência não é princípio), a fim de se não hipervalorizar ou hiperdimensionar uma garantia cuja amplitude não goza de um consenso básico na comunidade geral e jurídica. Em sua opinião, ao contrário do que defendera CELSO DE MELLO em seu substancial voto na ADPF 144, o país, já em novo momento institucional, amadurecido e solidamente democrático, estaria autorizado a superar a compreensão mais ampla da presunção de inocência, pelo menos no que diz respeito ao direito eleitoral. Passa a partir daí a apresentar suas razões para uma adequada compreensão da ideia de presunção de inocência e da necessária limitação em tema de inelegibilidades, a fim de que o STF adeque sua posição jurídica aos anseios sociais então constatáveis na sociedade mobilizada em torno de uma moralização da gestão da coisa pública. Em suas palavras: “ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição”. BRASIL, 2011, p. 14 e ss, voto do Min. Luiz Fux, na ADI 4578 e ADCs 29 e 30. O voto de LUIZ FUX de 2011 é posteriormente e pelo menos de forma parcial revigorado no HC 126.292/SP, quando ele defende mais uma vez uma restrição do direito à presunção de inocência em nome de um aparente superpoder de que parece dotado e do qual com frequência faz recordar ou saber a nação em seus votos: a capacidade de captar o sentimento do povo brasileiro! V. (ADI 4578, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012).

De qualquer forma, é possível extrair pelo menos uma diretriz normativa atribuível à presunção de inocência enquanto regra de tratamento, a saber, a impossibilidade de antecipação de efeitos penais próprios da pena ou de restrições de direitos sem que haja prévia responsabilização penal. No entanto, embora seja lugar-comum esse tipo de afirmação, é igualmente corriqueira a tentativa de modificar os marcos legais em que se delimita a fronteira entre o que traduz uma antecipação de efeitos e o que se considera como efeitos temporalmente adequados de uma sanção penal.

#### 2.2.5 Presunção de inocência: fechamento de capítulo, fixação preliminar de conteúdo e marco temporal

O direito-garantia fundamental da presunção de inocência, compreendida e contextualizada com o Texto Constitucional brasileiro, permite atribuir-lhe normatividade e delimitar dois pontos cruciais: um, de conteúdo, que diz com a abrangência e com a extensão dos significados a ela reconduzíveis; um segundo âmbito é o aspecto temporal, o marco definitivo imposto pela própria Constituição. Ambos estão imbricados de tal modo que uma eventual e descuidada separação pode prejudicar a compreensão do próprio direito em estudo.

Quando tratamos de distinguir entre uma sanção penal regular e uma antecipada, ou simplesmente entre uma restrição de direito fundamental regular ou antecipada, é preciso ter uma noção adequada do que significa essa antecipação e ao que exatamente ela se antecipa.

Uma vez que o sistema penal e processual penal moderno assenta-se no princípio da legalidade, tanto os crimes quanto as penas correspondentes têm previsão legal, de modo que há contornos legais objetivos para definir o que são efetivamente as sanções e as eventuais restrições de direitos decorrentes do cometimento de um crime e da consequente condenação por sentença penal, bem como das excepcionais restrições de direitos que decorram não da condenação, mas da momentânea condição de suspeito/acusado e das medidas a que se submete.<sup>333</sup>

O que efetivamente se entropõe entre o fato criminoso e a pena correspondente ou a restrição de algum direito a título sancionatório é a sentença penal condenatória, cuja prolação

---

<sup>333</sup> Embora uma afirmação assim possa ela mesma insinuar-se como violadora da presunção de inocência, ao relacionar restrição de direito e condição de suspeito ou acusado, podemos, por exemplo, considerar que a simples existência de um processo penal contra o indivíduo o impede de obter um benefício de suspensão condicional do processo ou eventualmente pode desencadear efeitos numa análise de requisitos para uma prisão preventiva (reiteraões delitivas).



tem como pressuposto a existência de um devido processo legal.<sup>334</sup> A isso será então adicionado um elemento de previsão constitucional, que é justamente o marco temporal estabelecido no inciso LVII do art. 5º da CF/88, a saber, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>335</sup>

Logo, o que define entre pena regularmente aplicada e pena antecipada é o trânsito em julgado de uma sentença ou decisão de mérito da causa penal. Daí porque a compreensão da presunção de inocência como exigência constitucional de tratamento será prejudicada se relativizado o marco temporal estabelecido.

E desde já podemos adiantar que, em contextos jurídicos onde eventualmente o marco definitivo não tenha sido expressamente estabelecido em Lei como sendo o trânsito em julgado, a interpretação pode ajustar-se a essas peculiaridades. No caso brasileiro, entretanto, não nos parece possível apartar-se dos parâmetros constitucionais.

Sob esse prisma, BADARÓ adverte que “não é elemento essencial da presunção de inocência que tal estado do acusado vigore temporalmente até que a condenação transite em julgado”, a exemplo do que exigem normas internacionais que expressamente consagraram a garantia até que a culpa do indivíduo fosse legalmente comprovada (CADH, art. 8.2, CEDH, art. 6.2, PIDCP, art. 14.2). No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro conta com exigência expressa na CF/88 de que a presunção de inocência seja preservada até o trânsito em julgado de sentença condenatória e é essa circunstância que implica num âmbito de incidência mais amplo do que o reservado pelas normas internacionais.<sup>336</sup>

Conjugando as previsões do art. 5º, LVII, CF/88 e do art. 8.2 da CADH, SANTORO e TAVARES propõem uma leitura complementar de ambas em que a inserção constitucional da presunção de inocência impõe um marco temporal (trânsito em julgado da sentença penal condenatória) a partir do qual a garantia deixa de militar em favor do acusado e pode ser invertida, ao passo que a norma convencional exige uma comprovação da culpa de forma a tornar a decisão condenatória fundada na prova.<sup>337</sup>

Mas, para além dessa combinação mencionada entre a norma constitucional e a convencional, é necessário salientar que a própria noção de *sentença definitiva* para a CORTE

---

<sup>334</sup> Em sentido similar, DIETER adverte que “para o direito penal brasileiro, a inocência é um predicado qualitativo absoluto somente alterado após o trânsito em julgado, porque o juízo definitivo de censura não depende apenas de prova material, mas de processo legal devido”. DIETER, Maurício Stegemann. Breve taxionomia da argumentação inconstitucional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 326, p. 3-4, jan.. 2020. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=155556](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155556). Acesso em: 5 nov. 2020.

<sup>335</sup> V. Cap. III, Item 3.1.6.

<sup>336</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 64.

<sup>337</sup> SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natalia Luceno Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2. Ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 127.

IDH transmite conteúdo aparentemente muito similar ao brasileiro, ao vinculá-la ao esgotamento da jurisdição e, nos casos penais, abrangendo, inclusive, todo o processo com os recursos à instância superior.<sup>338</sup>E mais, na proposição aqui estabelecida, dentro das múltiplas direções em que se projeta, o princípio da presunção de inocência estatuído na CF/88 igualmente exige a comprovação de culpa.

Em síntese, se a violência ao princípio da presunção de inocência ocorrerá, frequentemente, por meio da proposital ou mesmo involuntária confusão entre inocente e culpado, seja no plano legislativo, seja no plano executivo ou por fim no plano judiciário, sem prejuízo, como veremos, de reflexões a respeito da aplicação do princípio em âmbito extraprocessual e não estatal, sugerem-se como critérios ‘qualitativos e quantitativos’ orientadores de análise:

*Primeiro*, avaliar se existe emissão de juízo de culpa em decisão (de mérito) condenatória proferida em processo criminal; *Segundo*, identificar de forma precisa quem é a pessoa condenada; *Terceiro*, identificar de forma precisa qual ou quais os crimes/contravenções (fatos) efetivamente atribuídos em sentença condenatória à pessoa condenada; *Quarto*, verificar se a decisão condenatória identificada na primeira etapa *transitou em julgado*,<sup>339</sup> ou seja, se passou por todas as instâncias judiciárias competentes para análise das questões processualmente sindicáveis ou mesmo se se manteve indiscutida nas vias recursais por opção das partes envolvidas, vindo a transpor os prazos legais para interposição de recursos – esgotamento das vias judiciais de discussão da questão criminal.

Diante desse quadro referencial, podem-se apresentar alguns resultados:

Se a primeira (decisão condenatória) e a quarta (trânsito em julgado) etapas resultarem em respostas positivas, então a pessoa identificada na segunda etapa pode ser considerada culpada exclusivamente pelos crimes identificados na terceira etapa.

Ao contrário, caso a resposta para a primeira ou quarta etapas seja negativa, não se pode falar em pessoa culpada: a rigor, nessa circunstância tem-se pessoa inocente com toda a carga

---

<sup>338</sup> **Caso Suárez Rosero vs Equador**, parágrafo 71. Sentença de mérito, 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020. No caso Mohamed, a CORTE IDH vincula a ideia de sentença firme à aquisição da autoridade da coisa julgada. Tratava-se de uma alegação de violação ao *ne bis in idem*, porque a pessoa tinha sido absolvida de um delito de homicídio culposo em acidente de trânsito, mas houve reforma da sentença penal em segundo grau, desta vez com caráter condenatório. A advertência da CORTE IDH foi justamente no sentido de que o segundo julgamento ocorrera no mesmo processo penal, ‘*no se produjo em un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada*’. **Caso Mohamed vs Argentina**, parágrafo 123. Sentença de 23 de novembro de 2012. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_255\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf). Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>339</sup> A relevância do trânsito em julgado e a conexão com a presunção de inocência mostra-se na impossibilidade de recorrer ao princípio no âmbito da revisão criminal.

jurídico-política que é própria ao termo. Também é relevante acentuar que a superação da presunção de inocência, do ponto de vista temporal, ocorre assim que verificado o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Do ponto de vista substancial, o afastamento da presunção de inocência ocorre sempre de maneira parcial e limitada ao âmbito do processo com conteúdo condenatório, ou seja, aos fatos penais integrantes da sentença condenatória transitada em julgado.<sup>340</sup> Portanto, ninguém perde a condição jurídico-política de inocente geral e ampla, mas tem uma parcela desse direito legitimamente afetada e suprimida em razão de sentença penal condenatória e no que diz respeito ao objeto da condenação. É nesse “espaço” da atmosfera normativa dos direitos do indivíduo em que a presunção de inocência deixa de irradiar seus efeitos que o exercício punitivo estatal está autorizado a aplicar as sanções penais próprias e decorrentes da condenação, nos termos da execução penal.

Em síntese, a presunção de inocência exige incerteza quanto ao mérito do caso criminal e veda peremptoriamente os juízos prematuros de culpa sobre a pessoa imputada; exige previsibilidade enquanto respeito às regras do jogo legalmente estabelecidas, sem as quais a proteção à inocência não passaria de um simulacro; serve de obstáculo a qualquer medida restritiva ou privativa de direitos que não seja estritamente orientada pela noção de excepcionalidade revestida de legalidade constitucional, na qual se incluem as medidas cautelares; impõe uma exigência constitucional e convencional de tratamento como um direito-garantia fundamental conferido à pessoa em respeito à sua condição de inocência.

Diante desse quadro e com a modesta pretensão que nos mobiliza, passamos a algumas definições importantes para a sequência do trabalho.

Primeiro, a essa altura já ficou revelado que não se adotou aqui uma nomenclatura exclusiva para o direito-garantia em estudo: presunção de inocência, princípio de inocência, estado de inocência, pré-ocupação de inocência, consideração de não culpabilidade, são expressões que trazem cada uma suas justificativas, mas pareceu desnecessário maior digressão sobre o tema, posto que, ao contrário de uma proposta de exclusão, pretende-se incluir no conjunto de reflexões as contribuições variadas que se extraem na doutrina e na jurisprudência, independentemente de cada uma dessas nomenclaturas. Em geral, acredita-se que todas são unidas pelo propósito de estabelecer uma garantia em favor dos indivíduos frente ao poder

---

<sup>340</sup> “A quebra da inocência em um processo não irradia seus efeitos em outro nem diminui o âmbito de sua concretude, em face da condição de ser humano e de cidadão”. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 110.

punitivo. O que tem sido sempre objeto de polêmica é exatamente o seu conteúdo, mas não parece que as divergências decorram pontualmente do nome acolhido por tal ou qual autor(a).

A noção de *presunção* que em algumas vezes é objeto de crítica doutrinária parece majoritariamente solidificada no ideário jurídico no sentido de que não estabelece uma simples *presunção* (em sentido técnico), mas carrega consigo uma forte conotação política ligada à origem da expressão e um acentuado grau de juridicidade próprio da condição de direito-garantia fundamental com dignidade constitucional.<sup>341</sup>

Segundo, já se afirmou anteriormente<sup>342</sup> que a *presunção de inocência* aqui é abordada como um direito-garantia, ainda que nem sempre assim a mencione durante o trabalho. Trata-se apenas de uma opção redacional, a fim de não tornar a expressão repetitiva, recorrendo, portanto, a expressões como ‘direito’ e ‘garantia’ isoladamente, mas sempre no sentido já definido.

Em terceiro lugar, optou-se por não utilizar a expressão *presunção de não culpabilidade*, salvo quando seja a escolhida por determinado(a) autor(a) ou constante no voto sob análise. Neste caso sim parece presente uma inspiração política oriunda dos debates teóricos que atravessaram o período do fascismo italiano e que encontraram na expressão uma forma dissonante do ideário democrático, tendo como propósito esvaziar ou atenuar o direito à *presunção de inocência*. De qualquer forma, deve-se destacar que no Brasil não tem havido, em regra, uma rígida distinção entre essa terminologia e a *presunção de inocência*, sobretudo por parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores.<sup>343</sup> Como vimos, nem a Constituinte incorporou esse debate.

---

<sup>341</sup> Merece destaque uma observação de MAGALHÃES BOLINA, Helena. Razão de ser, significado e consequências do princípio da *presunção de inocência*: art. 32., n. 2, da CRP. **Boletim da Faculdade de Direito**, p. 433-461. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=15983](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=15983). Acesso em: 16 dez. 2020: Enquanto a Constituição Espanhola previu a *presunção de inocência* em favor do cidadão, a *presunção* estaria de acordo com a premissa, o fato conhecido, de que a maior parte dos cidadãos age de forma legal, sem cometer crimes. De outro lado, em Portugal, a *presunção* foi prevista em favor do arguido, de modo que, em tese, contraria o que ocorre na maior parte dos casos, já que há mais condenações e a maior parte dos acusados é confirmada como culpada. Exatamente por isso, a questão não é resolvida por uma adoção desta ou daquela *presunção*, mas sim compreendo a questão a partir da ideia de uma garantia de natureza política, p. 456.

<sup>342</sup> V. Cap. II, item 2.1.

<sup>343</sup> Sobre este ponto, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103. Na Itália, v. LUCIANI, Massimo. La *presunción de no culpabilidad* y los “procesos paralelos” celebrados ante la opinión pública. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la *Presunción de inocencia* y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 102/103. Ainda sobre a questão terminológica, afirma GAROFOLI que as distinções terminológicas entre não culpado e inocente alcançam, no máximo, uma diferença de tom, mas não de substância. A primeira apenas atenua a ênfase sem qualquer implicação prática. E o faz, na Constituição (Italiana), num contexto diverso daqueles em que agiram os pensadores iluministas. GAROFOLI, Vincenzo. *Presunzione d'innocenza* e

Excepcionalmente, no entanto, a distinção tem sido resgatada, com especial ênfase para interpretações mais restritas da abrangência do princípio. Assim sendo, a opção de não utilizar a expressão *presunção de não culpabilidade* orienta-se pela pretensão de evitar qualquer confusão com uma parcela da comunidade jurídica que ainda encontra fundamento na distinção terminológica como substrato de conteúdo atribuível ao direito-garantia fundamental.<sup>344</sup>

Quarta questão, a decisão sobre ser a *presunção de inocência* um princípio ou uma regra implica em consequências e o tema, de fato, não é livre de polêmicas. Basta ver que o fundamento central no voto de ROBERTO BARROSO no HC 126.292/SP foi o que, em sendo o preceito estabelecido no art. 5º, LVII, CF/88, um princípio, estaria sujeito à técnica da ponderação.<sup>345</sup>

A proposta aqui adotada é atribuir à *presunção de inocência* a característica de princípio, assim entendido como padrão normativo de comportamento com caráter deontológico e de inserção do mundo prático no direito, nos termos do que vem defendendo STRECK.<sup>346</sup>

Com isso se parte da premissa de que o princípio é uma norma jurídica (código lícito-ilícito) que dá fundamento e concretiza-se também pelas regras. Algo muito próximo da visão apresentada por FERRAJOLI, quando afirma que enquanto o princípio deve ser respeitado, e o

---

considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 41, p. 1168-1200, 1998. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=24308](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=24308). Acesso em: 11 fev. 2021.

<sup>344</sup> Não queremos afirmar com isso que toda referência doutrinária à expressão *presunção de não culpabilidade* opera a partir da distinção com a *presunção de inocência* e acolhe a pretensa neutralidade defendida pela escola Técnico-Jurídica ou que, necessariamente, a formulação tende a restringir o alcance da garantia. Mas afirmar que, nos casos em que essa neutralidade é admitida ou a abrangência da norma atenuada, normalmente há um maior apreço pela ideia de *não culpabilidade* ou pelo menos uma crítica mais forte à ideia de *presunção de inocência*.

<sup>345</sup> De outro lado, há decisões no TJ/RS, da lavra de INGO SARLET, por exemplo, que negavam a possibilidade de execução provisória da pena porque a *presunção de inocência* é uma regra e, portanto, não admite ponderação (Habeas Corpus Nº 70068954213, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 08/06/2016); (Habeas Corpus Nº 70068958487, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 08/06/2016); (Apelação Crime Nº 70068885409, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 29/06/2016). Na doutrina, por exemplo, v. ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, 2018, pp. 709-730, p. 718, embora a autora não considere incompatível a afirmação daqueles que extraem do inciso LVII uma norma-princípio; DAVID, Décio Franco David; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, 2018, pp. 1143-1174, p. 1150. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/180/138>. Acesso 04 set. 2020.

<sup>346</sup> STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 85/86; STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 239/244.

é no cumprimento da lei, a regra é obedecida ou desobedecida, mas ambos estão interligados, como faces da mesma moeda.<sup>347</sup>

Assim postas as coisas, parece que já há um bom ponto de partida para enfrentar alguns temas seguintes, tendo como parâmetro de análise justamente o princípio da presunção de inocência,<sup>348</sup> sem prejuízo de novas abordagens do princípio em causa e naquilo que for necessário um maior desenvolvimento das premissas lançadas até o momento.

---

<sup>347</sup> FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 34 e ss. Em sentido similar, no sentido de que todo princípio é “realizado” por um regra, enquanto toda regra é instituída por um princípio jurídico, V. STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 239/244.

<sup>348</sup> “Uma leitura das regras do processo penal, a partir do estado de inocência, é uma exigência constitucional irrenunciável e demonstrativa do grau de evolução da valoração do ser humano e da cidadania, bem como da passagem do plano da retórica política à concretização constitucional”. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 110.

### 3. APLICAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO NA INVESTIGAÇÃO E NO PROCESSO – EFEITOS ENDOPROCESSUAIS

A presunção de inocência em sua vertente de exigência normativa de tratamento desdobra-se, como já adiantado, em duas direções. Uma, que emana efeitos endógenos, internos aos procedimentos penais, sejam investigativos, sejam processos penais; a segunda vertente trata dos efeitos exógenos, extraprocessuais, que orientam e delimitam comportamentos das agências estatais e mesmo privadas (sobretudo a mídia) no trato de questões criminais num âmbito externo ao procedimento penal.

Neste capítulo o objetivo é abordar alguns pontos nucleares do âmbito interno dos procedimentos penais, buscando decompor o princípio da presunção de inocência e seus efeitos endógenos como delimitadores de práticas estatais já consolidadas, mas nem por isso indenes à análise crítica.

Assim, nos tópicos seguintes se busca abordar, sob a lente da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento, alguns pontos sensíveis da prisão preventiva, notadamente relacionados aos requisitos de *fumus comissi delicti*, *peciculum libertatis* e as finalidades legais que ensejam a privação cautelar; reflexo de antecedentes criminais e reincidência para decretação da medida; prisão para identificação criminal e para garantir a execução de medidas protetivas; prazos máximos de duração das prisões provisórias; distinção de tratamento entre preso provisório e preso condenado; execução antecipada da pena.<sup>349</sup>

Na sequência enfrenta-se a questão sobre a (in)viabilidade de medida cautelar diversa da prisão para evitar novas infrações penais; realiza-se uma leitura da presunção de inocência em conjunto com o princípio da não autoincriminação com análise de algumas práticas investigativas e judiciais; e, por fim, há uma abordagem sobre o princípio da presunção de inocência em leitura complementar com a noção de imparcialidade judicial.

#### 3.1 PRISÃO PREVENTIVA E OS PONTOS SENSÍVEIS E AS TRANSPOSIÇÕES INDESEJÁVEIS DOS LIMITES IMPOSTOS PELO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

---

<sup>349</sup> V. Cap. III, itens 3.1, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.1.5, 3.1.6, 3.2, 3.3., 3.4, respectivamente.

O objetivo deste tópico é expor os limites que permitem uma conciliação entre presunção de inocência e prisões provisórias, sem que, para tanto, opte-se por relativizações e desconfigurações tanto do direito-garantia fundamental quanto do instrumento cautelar posto à disposição do Estado.

Segue-se, portanto, com análise de alguns pontos nucleares na dinâmica processual orientada pela presunção de inocência: requisitos do *fumus commissi delicti*, *periculum libertatis* e as finalidades das hipóteses autorizadoras de prisão preventiva (art. 312, art. 313, CPP); utilização de antecedentes criminais e reincidência para fundamentar prisão preventiva; prazos de duração máxima das prisões preventivas; distinção de tratamento entre presos inocentes e culpados; debate sobre execução antecipada da pena.

### 3.1.1 A compatibilização da prisão preventiva com a presunção de inocência e o abandono dos extremos

Do ponto de vista da compatibilidade entre presunção de inocência e prisão preventiva parece hoje muito claro em expressiva opinião doutrinária que seria absolutamente impensável abdicar-se da medida cautelar, ainda que destinada apenas a casos extremos, sendo acolhida no processo penal moderno a utilização desse mecanismo de privação da liberdade.<sup>350</sup>

De fato, a abordagem do princípio em causa realizada até aqui se mostra conciliável com as prisões preventivas, desde que, evidentemente, delimitadas hipóteses taxativas e excepcionais, de modo a estabelecer limites contra o abuso de tais medidas.<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> Com efeito, a questão coloca-se em termos aparentemente inconciliáveis, posto que nenhum processo no estágio moderno poderia dispensar uma situação intermediária capaz de resguardar o resultado final, ainda que sob o risco de alguma antecipação de efeitos. No processo penal, essa conjuntura se reflete na dramaticidade da antecipação da pena. A solução poderia advir, do plano político-legislativo, de uma repartição de riscos entre o Estado e o imputado, quanto ao primeiro com o risco de uma condenação inútil porque inexecutável; quanto ao segundo, com o reconhecimento tardio da inocência. A contradição assinalada pode permanecer insolúvel, a menos que se busque uma tentativa de mediação entre a tutela da inocência e a efetividade do processo. E nesse caso, como afirmara ILLUMINATI, é importante que a opção política geral guie-se por um vetor de referência obrigatório, qual a escala de valores constitucionais. ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 32/33.

<sup>351</sup> Sobre os desafios já enfrentados e aqueles por enfrentar no que diz respeito ao uso excessivo de prisões preventivas na América Latina, v. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas para reduzir a prisão preventiva**. 2017. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CorteIDH/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em 05 mai. 2020.



Entre a vedação absoluta das prisões preventivas por incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência<sup>352</sup> ou o uso abusivo como uma simples medida de segurança tornada regra para a ampla maioria dos casos,<sup>353</sup> a tentativa de conciliar o direito fundamental em causa e a medida privativa da liberdade encontra lugar entre os dois extremos assinalados, constituindo nesse ambiente objeto de muitas polêmicas que gravitam em torno das definições e dos limites aceitáveis a um conjunto de princípios que permitem o funcionamento do microsistema das prisões cautelares.

O parâmetro de constitucionalidade e de convencionalidade da presunção de inocência servirá, portanto, como vetor de aferição de validade da decretação da prisão preventiva. E se as premissas teóricas já lançadas em torno do direito em estudo<sup>354</sup> forem válidas, compatíveis e aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, como aparentemente o são, pelos menos os seguintes critérios deverão nortear qualquer juízo de cognição cautelar destinado em particular à decretação de prisão cautelar:<sup>355</sup>

---

<sup>352</sup> FERRAJOLI tece críticas áspersas ao encarceramento preventivo, advertindo que, sob sua ótica, é preciso acatar a crítica de Manzini e levar às últimas consequências o princípio, de modo a efetivamente reconhecer a impossibilidade de atenuar a vedação à privação da liberdade durante o processo, ou, ao contrário, tornar a garantia num engodo. Repele com força qualquer finalidade de tutela material para a prisão preventiva e examina de forma muito crítica as duas finalidades processuais normalmente defendidas pela doutrina (risco de deterioração de provas e risco de fuga). O autor afirma que nos casos em que haja risco de deterioração de provas essa circunstância poderia ser superada com a condução coercitiva do suspeito, culminando numa breve restrição da liberdade que poderia durar horas, no máximo dias. Em outro sentido, afirma que o risco de fuga numa sociedade informatizada está bastante atenuado. Ademais, as fugas, segundo ele, teriam mais a ver com o temor de prisões preventivas e de aplicação de penas altas. Sugere que no modelo italiano seria possível implementar uma proibição de encarceramento preventivo pelo menos no 1º Grau. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 511/517. Em parte, as críticas do autor são efetivamente procedentes, mas parece que também ele cede, ainda que timidamente, às exigências instrutórias que levam à privação ou restrição da liberdade em caso de risco de deterioração de provas por parte do suspeito. A condução coercitiva por breve período a que manifesta aquiescência traduz, em nível talvez mais restrito, preocupações que são externadas em outra medida pela exigência doutrinária de fundamentos cautelares para privação da liberdade e duração limitada de tempo das prisões, tópicos a serem explorados adiante. Não se pode negar o valor das reflexões sobre a condução coercitiva como substituta da prisão preventiva, mas é de se ponderar também que a complexidade de várias investigações já não permite coletas imediatas de evidências e elementos a ponto de superar eventuais riscos com a simples condução coercitiva.

<sup>353</sup> Para Garófalo, a prisão preventiva deve ser uma regra, aplicável como resposta normal à imputação criminal, assumindo uma feição antecipada de pena. Sobre o tema ver Criminologia, 1891, Torino, p. 350, citado por BATTIA, PIZZO. Nomeadamente defendida por representantes da chamada Escola Positiva italiana, FERRI, GARÓFALO. RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano*. Ius. **Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla** a.c., núm. 24, 2009, pp. 114-148, p. 140 e ss. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=134085](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134085). Acesso em: 11 ago. 2020.

<sup>354</sup> V. Cap. II, itens 2.2.2 e 2.2.3.

<sup>355</sup> Ao abordar a temática da presunção de inocência e da jurisdição cautelar, CHOUKR, admitindo a conciliação, estabelece algumas condições: “A. A natureza essencialmente cautelar da constrição, que não pode ser, sob qualquer hipótese, tomada como medida antecipada da pena. Assim, as privações de liberdade anteriormente havidas devem ter, sempre e necessariamente, fundamentação e finalidades cautelares; B. Decorre da impossibilidade de a legislação infraconstitucional determinar hipóteses de prisão “automática” em função de

*Primeiro*, a presunção de inocência é um corolário do direito à liberdade que se manifesta em linguagem jurídica no âmbito investigatório ou processual;<sup>356</sup>*segundo*, a presunção de inocência enquanto regra, dever ou exigência constitucional de tratamento veda, peremptoriamente, qualquer equiparação entre inocente e culpado; *terceiro*, distinguir inocente de culpado significa distinguir entre sujeição à sanção criminal (em suas múltiplas modalidades de privação e restrição de direitos, ainda que diluídas em uma linguagem punitivista com pretensão de validade jurídica) e sujeição às medidas cautelares; *quarto*, nenhuma medida cautelar deve se orientar por finalidades que são próprias da pena.<sup>357</sup> A prisão preventiva não pode ter finalidade retributiva nem preventiva (especial e geral), tal como previstas no art. 59 do CP. A propósito, a proibição foi agora incorporada ao art. 313, § 2º, do CP pela Lei n.º 13.964/2019; *quinto*, resta à prisão preventiva, portanto, um caráter instrumental e não

---

determinada tipificação penal. **C.** Estrita legalidade da medida, que não pode ser tomada fora dos restritos limites impostos por lei. Existe aqui, sem dúvida, uma necessária tipicidade da prisão que se reveste, tal como no tipo penal material, de certeza e da lei escrita; **D.** Definição estrita dos limites temporais da coerção, que não pode se estender para além do necessário para a jurisdição cautelar; **E.** Proporcionalidade da coerção física em relação ao processo de conhecimento ou de execução. Essa situação é particularmente inexistente no cenário do Código de Processo Penal, que trabalha preponderantemente com a prisão como mecanismo essencial das cautelas pessoais (vide aprofundamento da análise nos tópicos seguintes); **F.** A prisão deve ser jurisdicional (mesmo na hipótese do flagrante delito, que deve ser comunicada imediatamente ao Juiz de Direito) e sua decisão, assentada na análise dos fundamentos estritamente cautelares; este Juiz deve ser o juiz natural da causa, e não qualquer outro juiz; **G.** A lei processual deve propiciar a realização da cognição cautelar, em contraditório – porém possibilitada a construção liminar *inaudita altera pars* – que verse sobre o objeto da cautela, e não sobre os aspectos do mérito do processo de conhecimento ou de execução a serem acautelados”. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, vol. 1, p. 649.

<sup>356</sup> Tem-se em mente a opinião de BINDER já apresentada anteriormente (V. Cap. II, item 2.2.2) para quem a presunção de inocência surge como garantia a partir do momento em que alguém passa a condição de investigado ou processado, posto que, antes desse momento, o que se tem é o estado de liberdade. Da forma como a vemos, a advertência poderia, portanto, significar essa específica característica da tutela da liberdade em âmbito procedimental.

<sup>357</sup> O que, evidentemente, não quer dizer que os efeitos da medida cautelar e da sanção penal jamais coincidirão. Pelo contrário, tanto na prisão preventiva e na eventual pena de reclusão, como em medidas cautelares diversas da prisão e penas alternativas à prisão, pode e normalmente deverá ocorrer uma coincidência de efeitos. Infelizmente, até o momento nada mais criativo surgiu a ponto de garantir a efetividade da jurisdição penal e da proteção da inocência sem que se recorra, ainda que excepcionalmente, às prisões preventivas ou medidas cautelares com forte componente restritivo de direitos. Em todo caso, o desafio que se tem colocado parece seguir na direção de uma redução de danos, ganhando-se cada vez mais espaço no terreno da proteção da liberdade, atenuando no que for possível as medidas mais drásticas de restrição e privação de direitos antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. O alto grau de concretização do princípio da inocência, constatado pela mínima afetação do direito à liberdade de pessoas suspeitas, acusadas e processadas, é um objetivo que traça a direção, mas nada garante que esse caminho será livre de obstáculos.

satisfativo ou antecipatório dos efeitos da decisão de mérito do caso criminal; logo, sua incidência é sempre excepcional,<sup>358</sup> tal como a própria incidência do direito penal.<sup>359</sup>

O princípio da presunção de inocência tal como vimos trabalhando permite fixar critérios para distinguir medidas restritivas de direitos e privação da liberdade que ostentem caráter cautelar ou, ao contrário, natureza sancionatória. Em primeiro lugar, o marco distintivo entre ambas deve ser a existência de decisão definitiva de mérito do caso criminal, ou seja, sentença ou acórdão condenatórios transitadas em julgado.

Outro ponto é que o conteúdo da decisão que fundamenta uma medida cautelar ou definitiva também é diverso. A privação da liberdade por meio de prisão preventiva precisa ter uma finalidade processual e orienta-se por uma situação de fundada *suspeita*, baseada em elementos concretos e contemporâneos que exigem uma medida invasiva e privativa como ferramenta aparentemente indispensável para tutela da higidez e preservação da investigação e/ou do processo ou para garantir a aplicação da lei penal (eficácia do resultado do processo). Assim se baseia em juízos de probabilidade diante de um contexto atual para evitar determinadas situações que seriam prejudiciais ao exercício legítimo do poder estatal de punir.

A sanção penal, ao contrário, seja a pena privativa de liberdade, seja a pena de multa ou as restritivas de direito, apoia-se em juízo de *certeza* oriundo da decisão de mérito do caso criminal. Sua finalidade é material e, a despeito das polêmicas sobre as finalidades legítimas atribuíveis à pena criminal, encontra no art. 59 do CP as finalidades legais que a condicionam: a retribuição pelo crime cometido e a prevenção de novas infrações.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> A propósito, a estrita necessidade como pressuposto de prisão preventiva é corolário da presunção de inocência como regra de tratamento, segundo GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, p. 88, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935). Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>359</sup> Essa aproximação parece crucial para trabalharmos com presunção de inocência e prisões cautelares. Pelo menos de um ponto de vista ideal, o direito penal continua a ser um mecanismo jurídico mobilizado pelo Estado sempre com uma medida extrema e subsidiária, de forma a conter, por aspectos normativos, as pretensões político-criminais que se excedam aos limites constitucionais. E dentro desse quadro jurídico-penal o direito processual penal surge como um outro obstáculo, desta vez dirigido justamente a um controle da própria aplicação do direito penal, servindo aí com sua instrumentalidade constitucional exatamente para garantir direitos dos cidadãos. Ora, se a aplicação de uma pena já é uma medida extrema e excepcional, com mais razão ainda será a decretação de uma medida cautelar porque antecipa (ou pode antecipar), indevidamente, efeitos de uma condenação.

<sup>360</sup> Aqui não há pretensão de ingressar em terreno tão propício a deslizos e discussões quase intermináveis. A matéria para estudo nessa área parece farta: os *retributivistas* não viam legitimidade na pena que não se voltasse primordialmente à punição pelo crime cometido, embora usassem fundamentos próprios e diversos para justificarem suas posições (v. KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes, contendo a doutrina do Direito e a doutrina da Virtude**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2003, p 173 e ss; HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 87). A teoria absoluta da pena sabidamente foi muito criticada por sua aparente incompatibilidade com a reserva ética a que o Estado deve se reconduzir, evitando punições apenas por vingança. Sobre o tema, dentre outros, v. DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**. Questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Parte Geral. Tomo I. Coimbra e

O critério do conteúdo do juízo (se cautelar ou de mérito) é de relevante utilidade para examinar a legitimidade constitucional das prisões preventivas decretadas, tendo como parâmetro de constitucionalidade a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88). No diagnóstico da (i)legitimidade da decretação da prisão preventiva, independentemente do momento de sua prolação (antes, durante ou depois de uma decisão de mérito), há de se considerar a existência de uma finalidade cautelar, processual, portanto desprovida da ideia de retribuição ao cometimento do crime objeto do processo e à prevenção de possíveis crimes futuros por parte da pessoa afetada pela medida.<sup>361</sup>

O desenvolvimento processual tende a oferecer cenários distintos para aplicação da prisão preventiva. Há possibilidades efetivas de decretação da medida que evanescem com a existência de uma sentença de mérito, por exemplo, em que a instrução processual já se concluiu. Da mesma forma, a própria conjuntura que aponta para os indícios suficientes de autoria apresenta-se em um quadro diverso quanto analisada numa fase de investigação ou após um acórdão condenatório.

Em todo caso, a delimitação da matéria em torno dos efeitos da presunção de inocência como exigência de tratamento permite coordenar os limites e os critérios de análise da

---

Revista dos Tribunais: 2007, p. 48/49. As teorias *preventivas*, ao contrário da teoria absoluta, têm um caráter utilitarista, ou seja, elas atribuem à pena e ao direito penal, por consequência, finalidades que transcendem a mera figura do criminoso. Para tais teorias, a aplicação da pena tem uma finalidade preventiva que se pode distinguir em quatro categorias: *geral positiva*, *geral negativa*, *especial positiva* e *especial negativa*. Nas duas primeiras, de fato, a pena terá efeitos sobre quem não delinque, enquanto nas duas últimas, sobre o próprio criminoso. Ao tratar do tema, Salo de Carvalho adverte que o mito do controle total do crime por meio do efeito intimidatório da pena, embora desautorizado repetidamente pela comunidade científica, não deixou de subsidiar uma política criminal efficientista (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6º ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 175). Outras críticas às teorias relativas também são encontradas em ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Teoria geral do Direito Penal. 4. Ed. V. 1. Rio de Janeiro; Revan, 2011, p. 118 e ss. Há quem defenda que a CF/88 só se compatibiliza com uma noção de redução de danos, sem recepcionar qualquer finalidade legal da pena como as inscritas no art. 59 do CP ou art. 105 da LEP (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6º ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 350 e ss). A tudo isso se somam outras posições teóricas como a chamada *teoria agnóstica da pena* (BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. Revista dos Tribunais, vol. 727/1996. Maio de 1996; ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Teoria geral do Direito Penal. 4. Ed. V. 1. Rio de Janeiro; Revan, 2011, p. 99 e ss) ou a teoria *neorretributiva* (COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)**. Introdução – A doutrina geral da infração [a ordenação fundamental da conduta (facto) punível; a conduta típica (o tipo); a conduta ilícita (o ilícito)]. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 19 e ss; COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra editora, 2000, pp. 384 e 386). No Brasil, por exemplo, a teoria é adotada por Andrei Zenkner Schmidt, para quem a “observação da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo só pode conduzir ao reconhecimento de que a pena tem um sentido e uma finalidade ético-jurídicos essencialmente retributivos; ou melhor, neorretributivos”. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**. Parte Geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 245/253.

<sup>361</sup> Há uma excepcional hipótese em que a medida cautelar acaba tendo justamente uma função preventiva de crimes, quando for apto a evitar a prática de crimes que colocavam em risco a própria higidez e a regularidade da investigação ou do processo, como nos casos de fraude processual, coação de testemunhas, por exemplo.

legalidade, convencionalidade e constitucionalidade da prisão preventiva decretada nos vários momentos em que pode ser utilizada.

É necessário, entretanto, advertir que a noção de presunção de inocência aqui exposta tem um caráter uniforme, não se submetendo a qualquer efeito degenerativo que lhe retire gradativamente validade jurídica e consistência como direito-garantia fundamental. Pelo contrário, é justamente a preservação da higidez do princípio que permite controlar a atuação estatal até o fim do processo, determinando em cada caso quando uma tal ou qual medida cautelar violou a garantia dele decorrente por não observar as exigências estritas extraídas do direito à presunção de inocência.

Não se trata assim de uma relativização da presunção de inocência como advogam cultores de uma regra de gradação,<sup>362</sup> a partir da qual com o avançar da produção probatória e do processo a garantia reduziria o âmbito de abrangência e permitiria tratamento mais rigoroso à pessoa implicada.<sup>363</sup> O que a nosso ver ocorre é oposto: o desenvolvimento processual pode

---

<sup>362</sup> Esse tema será posteriormente examinado com mais cuidado, mas vale notar que a ideia de gradação é compatível com um tratamento mais rigoroso tendo em vista a superação da presunção de inocência. No conhecido julgamento do HC 126.292/SP, TEORI ZAVASCKI recorre a uma produção doutrinária do Min. GILMAR MENDES para afirmar que a presunção de inocência ou de não culpabilidade não impede o legislador de estabelecer tratamentos distintos aos cidadãos, ou seja, aumentar o rigor das medidas incidentes sobre a pessoa processada. Como para o Min. Relator daquele HC a presunção de inocência encontrava sua mais perfeita aplicação no âmbito probatório e como o juízo ordinário seria exclusivamente exercido pelos juízos de Primeiro Grau e pelo Tribunal competente para julgar a apelação, o acórdão condenatório demarcava um ponto de corte decisivo para distinguir o tratamento até então dispensado ao réu e aquele passível de ser aplicado a partir da condenação, ainda que sujeita a recurso. A propósito, nesse voto, TEORI ZAVASCKI chega a afirmar que após o esgotamento das instâncias ordinárias se poderia falar inclusive de uma relativização ou de uma inversão da presunção de inocência. RODRIGUEZ, por sua vez, afirma que já Enrico Ferri defendia uma concepção da presunção de inocência que ia paulatinamente perdendo espaço diante de mais provas incriminatórias, chegando a ser muito reduzida diante de prisões em flagrante, de reincidentes, etc. Trata-se do que SAX conceberia como concepção psicológica da presunção de inocência e que buscava justificar a adoção da prisão preventiva a partir desse elemento isolado, tendo encontrado alguma projeção na doutrina colombiana. Mas, segundo o autor, a CORTE IDH não acolheu essa perspectiva vindo a referendar uma concepção normativa de presunção de inocência que projeta a garantia por todo o processo penal, ainda que, com razão, admitindo uma análise de probabilidade de futura condenação para fundamentar a prisão preventiva. RODRÍGUEZ, Javier Llobet. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. Ius. **Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla** a.c., núm. 24, 2009, pp. 114-148, p. 140 e ss. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=134085](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134085). Acesso em: 11 ago. 2020. Ainda que FERRI possa ter sido menos drástico do que GARÓFALO em relação ao princípio da presunção de inocência (BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappicheli, 2009, p. 19. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.), sua concepção limitada da garantia manifestava-se no reconhecimento apenas a não reincidentes, em casos em que não houvesse flagrante ou confissão, e ainda limitada a presunção até a sentença de primeiro grau.

<sup>363</sup> Vale mencionar, a propósito, as considerações de Taipa de CARVALHO, ao examinar a presunção de inocência em torno das preventivas. O autor rechaça veementemente o que chama de concepção gradualista da presunção de inocência que, segundo ele, também foi objeto de críticas na Itália, posto que naquele país rendeu o estabelecimento de prazos parcelares que aumentavam gradativamente na medida em que o processo aproximava-se de seu termo. A doutrina italiana, na opinião de CARVALHO, adequadamente atacou a medida sob o argumento de que transmutava indevidamente a prisão preventiva em antecipação de expiação de pena.

contribuir para a comprovação de determinados requisitos para decretação de medidas cautelares e mais especificamente aqui a prisão preventiva, o que não significa relativização e afastamento, mas sim cumprimento de condicionantes.

Em síntese, depois de acórdão condenatório que confirma uma sentença de primeiro grau, a presunção de inocência não reduz sua incidência ou deixa de incidir e condicionar a prisão preventiva ao atendimento dos requisitos legais. A rigor, nessa hipótese, o que há é uma comprovação mais enfática de determinados requisitos como o *fumus commissi delicti*, por exemplo. A trajetória do processo em direção a uma decisão de mérito, mesmo se for condenatória, antes de afastar a presunção de inocência a confirma (ou deveria confirmar) pelo cumprimento de exigências impostas pela garantia constitucional.<sup>364</sup>

A temática da prova da existência de uma infração penal e de indícios suficientes de autoria (art. 312, CPP) coloca em evidência um vetor de análise da legitimidade de uma prisão cautelar, que, sob a ótica da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), exige que o juízo de decretação deva necessariamente estar para além de um simples indício ou de uma mera possibilidade, mas se manter aquém de um juízo definitivo e conclusivo sobre a responsabilidade penal do sujeito afetado pela medida.<sup>365</sup>

Ou seja, entre os limites mínimo e máximo do juízo cognitivo (cautelar) figura a preservação da condição de inocente da pessoa afetada que, mesmo tornada suspeita de cometimento de um crime e alvo de uma medida privativa de liberdade, não deve ser julgada, confundida nem tratada como culpada antes de uma adequada decisão de mérito sobre o caso criminal.

---

Em Portugal, afirma o autor: “É de recusar – *uma conceção gradualista da presunção de inocência*, segundo a qual esta presunção se ia relativizando, esbatendo à medida que o processo avançasse (dedução da acusação, decisão instrutória, etc), de modo que, como alguns passariam, com a condenação em primeira instância, se não ocorreria a inversão da presunção de inocência em presunção de culpa, desapareceria, contudo, a presunção de inocência. Como é evidente, este ‘estado neutro’ não existe. A presunção da inocência vale e impõe-se, sem quaisquer graduações, até ao trânsito em julgado. CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 415.

<sup>364</sup> Questão pontual aqui é que, como dissemos anteriormente, a presunção de inocência em sua feição principiológica estabelece uma exigência normativa de comportamento dos agentes estatais para que cumpram aqueles postulados constitutivos da essência da garantia fundamental de que tratamos. Dado que, do ponto de vista ideal, a cada passo em direção a uma decisão de mérito o processo penal reveste-se de legitimidade na medida em que for capaz de expressar a obediência ao princípio da presunção de inocência enquanto projeção jurídico-política, exigência constitucional de tratamento, exigência constitucional de regras probatórias e exigência constitucional de regra de juízo, tanto o resultado condenatório quanto o resultado absolutório pode e deve traduzir uma confirmação do princípio em causa.

<sup>365</sup> Sobre os limites da cognição sumária em extensão e profundidade, não se tratando de juízo de certeza, v. CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 240.

O juízo de cognição cautelar, na opinião de CHOUKR, deve versar “sobre o objeto da cautela, e não sobre os aspectos de mérito do processo de conhecimento ou de execução a serem acautelados”,<sup>366</sup> posição que, no entanto, não pode ser lida sem se atentar para uma necessária incursão nos elementos centrais do caso concreto, a saber, a materialidade e a autoria do fato criminal.

A rigor, a advertência de CHOUKR mostra-se mais coerente quando a lemos no sentido de que o *objeto principal* de análise é a concessão ou não da medida cautelar (aqui a prisão preventiva), mas pressupondo uma análise não exauriente de aspectos do mérito do caso. Ou como afirma LOPES JR, esse juízo “é, antes de tudo, uma prognose sobre a questão de fundo, uma metáfora que designa os sintomas de uma situação jurídica (no léxico goldschmidtiano)”.<sup>367</sup>

Por isso mesmo é que ao tratar do tema GIACOMOLLI afirma que a primeira exigência estabelecida em razão dos requisitos tipicamente cautelares em matéria criminal é de *existência de prova de um crime*, ou seja, deve estar demonstrada “a existência de um fato com séria e forte aparência de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade”. Trata-se de uma demonstração do crime e da alta probabilidade de aplicação de uma sanção criminal. A prova da existência do crime ultrapassa as meras exigências de viabilidade acusatória, aproximando-se mais da certeza, embora ainda não se trate da decisão final.<sup>368</sup>

Em sentido similar, BADARÓ defende a existência do que chama de pressuposto positivo da medida cautelar, a prova e a certeza da existência do crime,<sup>369</sup> enquanto CRUZ afirma que a lei exige um “grau maior de convencimento do que a simples existência de um ou mais indícios acerca do fato objeto da investigação”.<sup>370</sup> LOPES JR, por sua vez, menciona a necessidade de um juízo de probabilidade de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Trata-se da probabilidade razoável de ocorrência de um delito.<sup>371</sup>

---

<sup>366</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, vol. 1, p. 649.

<sup>367</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 687.

<sup>368</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 394; GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisões, liberdade e cautelares pessoais*: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 94.

<sup>369</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/319Dz9s>. Consulta em Base de Dados RT *on line* mediante assinatura. Acesso 04 ago. 2020.

<sup>370</sup> CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 240.

<sup>371</sup> LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620101>. Consulta em Base de Dados Saraiva Juro *on line* mediante assinatura. Acesso em 10 jul. 2020; LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 687/688.

Nesse contexto, o primeiro ponto a ser demonstrado é a aparente tipicidade da conduta atribuída ao sujeito alvo da medida pleiteada, ou seja, que o ato imputado esteja previsto em lei como crime. Em segundo lugar, não basta a tipicidade, exigindo-se também que o ato seja ilícito (porque ausentes causas de justificação) e culpável (provável existência dos elementos que compõem a culpabilidade penal).<sup>372</sup>

Contudo, o juízo exigido para decretação de uma prisão preventiva não é um juízo de certeza, mas sim um juízo de probabilidade de ilicitude de um fato típico e da autoria da pessoa a quem a medida afetar, distinguindo-se de um simples juízo de possibilidade. Na probabilidade todas as circunstâncias positivas de existência do crime são preponderantes em relação às negativas que poderiam excluí-lo.<sup>373</sup>

O segundo elemento fundamental para configuração do *fumus comissi delicti* perfaz-se com a demonstração de *indício suficiente*<sup>374</sup> de autoria do fato criminoso. Com efeito, não basta a prova de existência de um crime. O juízo que decreta uma prisão preventiva deve estar suficientemente fundamentado<sup>375</sup> para demonstrar que o sujeito passivo da medida cautelar é um provável autor ou partícipe do fato a ele imputado e que as circunstâncias do caso concreto permitem cogitar da probabilidade de uma aplicação da sanção criminal apta a levar o sujeito ao encarceramento.

A demonstração de indícios suficientes de autoria ou a referência a uma “prova leve, um indício ou uma prova semiplena,<sup>376</sup> obviamente se situa para além da simples acusação, aproximando-se, por elementos contingentes, vinculados temporalmente ou a uma dinâmica circunstancial e fática, em que seja possível emitir uma opinião sobre a autoria.<sup>377</sup>

---

<sup>372</sup> LOPES JR, Aury, op. cit., 2020, p. 688.

<sup>373</sup> “Seguindo a lição de CARNELUTTI, existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento, seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, robusta, a culpabilidade do réu. Já para a denúncia ou queixa ser recebida, entendemos que deve existir probabilidade do alegado. A sentença condenatória, ainda que seja ato de convencimento do juiz, somente se legitima quando calcada em um alto grau de probabilidade. Caso contrário, a absolvição é imperativa”. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 687.

<sup>374</sup> No sentido de que a suficiência indiciária exigida não se contenta com um único indício, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 94/95; CRUZ, Rogerio Schiatti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 240.

<sup>375</sup> O STF já afastou prisão preventiva decretada com base em formulário pré-formatado, por exemplo, rechaçando uma decisão judicial totalmente desprovida de fundamentação no caso concreto. **HC 128.880**, rel. min. Gilmar Mendes, j. 27-10-2015, 2ª T, *DJE* de 26-2-2016.

<sup>376</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/319Dz9s>. Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 04 ago. 2020.

<sup>377</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 394; GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 94/95.



Assim compreendida a questão, apresentam-se dois aspectos fundamentais: Primeiro, a probabilidade de autoria diz respeito à individualização da medida cautelar e ao estabelecimento de conexões entre fato e autor que possam ser, sempre num juízo sumário, apresentados e reconhecidos em uma linguagem jurídica intersubjetivamente compartilhada,<sup>378</sup> o que permite compreensão e controle (interno e externo) da decisão.<sup>379</sup> Com isso é possível proteger juridicamente qualquer pessoa de medidas privativas de liberdade quando não tenha aparente envolvimento no fato criminal sob apuração. Sob esse ângulo, a presunção de inocência se traduz numa indispensável distinção entre o suspeito e o não suspeito – ambos são inocentes, mas o último deve estar completamente indene à prisão preventiva.

Em segundo lugar, a probabilidade de aplicação de uma sanção criminal opera em outro nível. Trata-se aí de restringir a aplicação de prisão preventiva quando determinadas circunstâncias, mesmo que indiciárias, permitam colocar em dúvida a probabilidade de aplicação de uma pena. O próprio art. 314 do CPP veda a prisão nos casos em que existam fundadas suspeitas de prática do fato sob estado de necessidade, legítima defesa ou estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito.<sup>380</sup> Nesse contexto, a presunção de inocência funciona como critério limitador, de modo que a medida cautelar imposta não represente uma antecipação da sanção que seria aplicada em um juízo

---

<sup>378</sup> Dever fundamental de justificar as decisões é um princípio apontado por STRECK. O dever determinado constitucionalmente de justificar as decisões (art. 93, IX, CF/88) impõe aos juízes a obrigação de apresentar à comunidade as razões pelas quais decidiram desta ou daquela forma. Trata-se, a rigor, não apenas de decidir, mas sim de fundamentar a decisão. Ou seja, apresentar os fundamentos jurídicos que conformam o resultado da compreensão. É exatamente no cumprimento do dever de fundamentação que o juiz permite à comunidade examinar o adequado atendimento aos princípios anteriormente mencionados, de respeito à autonomia do direito, de integridade e coerência. A decisão, no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser revestida de um conteúdo construído a partir da influência compartilhada pelas partes no processo, além da observância à experiência jurídica concreta, consistente na compreensão do fenômeno jurídico a partir dos textos legais, dos precedentes, e da produção doutrinária, de modo que o resultado do processo compreensivo seja significado de uma atribuição de sentido a partir de uma relação intersubjetivamente compartilhada compatível com a Constituição. É exatamente desse processo de fundamentação que exsurgirá, eventualmente, a ruptura da decisão com relação à história que a possibilitou e que, naturalmente, demandará uma sólida justificação capaz de legitimar a decisão adotada. STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 85.

<sup>379</sup> Sobre motivação e fundamentação das decisões judiciais em matéria de medidas cautelares, como forma de permitir o controle interno e externo da decisão, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 17/20. Em um âmbito mais amplo, para além das cautelares, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 226 e ss;

<sup>380</sup> Sobre o tema, LOPES JR adverte que a existência de fumaça da excludente já basta para enfraquecer a probabilidade de ocorrência do crime, sendo incompatível com a prisão cautelar. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 689.

condenatório, mas, sobretudo, impeça a aplicação de uma cautelar diante de um quadro que sinalize para absolvição.

Em síntese, afirma BADARÓ, não faz qualquer sentido que, no juízo de cognição sumária exercido pelo juiz, ele decrete a prisão preventiva quando existam fortes indícios de que o suspeito ou réu não será condenado em razão de alguma excludente. Cuida-se, portanto, de um juízo que deve avançar para além de uma análise da probabilidade de autoria até uma probabilidade de condenação, aí incluídas a análise de eventuais excludentes de culpabilidade.<sup>381</sup>

Trata-se de uma decisão que não emite um juízo condenatório, próprio da decisão de mérito, mas que também deve ser mais embasada do que outras decisões que não impliquem a privação da liberdade.<sup>382</sup> Com efeito, ainda que se não trate de juízo de certeza, a capacidade de aproximação à autoria exigida do contexto indiciário e probatório configura na cognição cautelar uma forma de aumentar o nível da garantia em favor do cidadão, posto que, embora não resolva o caso penal, pode aplicar medida privativa da liberdade com caráter equivalente à pena.<sup>383</sup>

No entanto, DELMANTO JR adverte que a excepcionalidade de que se deve revestir a decretação de uma prisão preventiva exige um grau contundente de probabilidade de condenação em razão dos fortes indícios de autoria e da certeza da existência do crime, o que faz o juízo cautelar chegar muito próximo ao de um prejulgamento, ou pelo menos, de uma manifesta tendência pela condenação. Dificilmente, afirma, um juiz que tenha mantido o réu preso durante todo o processo o absolverá,<sup>384</sup> razão pela qual sugere que o princípio da

---

<sup>381</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/319Dz9s>. Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 04 ago. 2020.

<sup>382</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 394; GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 94/95.

<sup>383</sup> Segundo GIACOMOLLI, a sentença condenatória torna-se o ápice decisório como juízo de certeza sobre a autoria e sobre a prova do crime. Todas as demais decisões devem estar em níveis mais baixos de cognição. Entretanto, as exigências demonstrativas alteram-se conforme os atos a que estão relacionadas, recebimento da acusação, pronúncia, sentença condenatória. A decisão que decreta uma prisão preventiva deve estar abaixo da sentença, mas acima das demais, justamente porque os efeitos da medida aproximam-se aos decorrentes de juízo condenatório. GIACOMOLLI, Nereu José, *op. cit.*, p. 94/95.

<sup>384</sup> Sobre o tema das tendências confirmatórias de decisão, GLOECKNER realizou estudo de caso com 90 processos penais na Justiça do Rio Grande do Sul, utilizando como critério de pesquisa a locução “prisão preventiva”. A partir da análise das sentenças e dos acórdãos selecionados por critérios definidos e justificados pelo autor, identificou que em todos eles houve prisão processual anterior e em pelo menos uma das instâncias houve referência aos motivos da prisão como fundamento direto ou indireto da decisão de mérito condenatória. Uma das hipóteses é justamente a de que a decretação de uma prisão processual pode ser o fator decisivo para uma futura condenação. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, 2015, nov-dez, pp. 263-286.

identidade física do juiz atualmente previsto no art. 399, § 2º, CPP, devesse ser modificado para estabelecer vedação expressa de que o juiz que tenha decretado a prisão cautelar de alguém, antes ou durante a instrução criminal, seja o responsável pelo julgamento de mérito,<sup>385</sup> posição também defendida por GLOECKNER.<sup>386</sup>

Outro requisito para decretação da prisão preventiva é a existência do *periculum libertatis* ou o perigo gerado pelo estado de liberdade do suspeito, que para além de funcionar como uma exigência doutrinária e jurisprudencial, foi incorporado ao art. 312 do CPP pela recente reforma introduzida pela Lei n.º 13.964/19.

A rigor, o perigo de que se trata deve ser reconduzível a uma das hipóteses legais que permitem a prisão preventiva e estão taxativamente previstas em lei,<sup>387</sup> com destaque para o art. 312, *caput* (garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal). No entanto, o cerne da questão está exatamente na adequada identificação do perigo gerado (para o quê e para quem)<sup>388</sup> e se a medida pleiteada, no caso a preventiva, tem o escopo efetivo de enfrentar ou de neutralizar este perigo.

A noção de perigo que orienta a leitura aqui apresentada do requisito da prisão preventiva é vista sob o ângulo da presunção de inocência. A rigor, não traz nenhuma novidade. Esse perigo gerado pelo estado de liberdade só pode ser um perigo processual, capaz de atingir a higidez e a efetividade<sup>389</sup> da investigação ou do processo penal ou prejudicar ou até mesmo

---

<sup>385</sup> DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Acesso em 03 out. 2020. Destaque-se que o incremento do juiz de garantias pela minirreforma processual de 2019 acolhe solução para parte da crítica do autor, ao evitar juízo de mérito pelo responsável por decretar prisões na fase investigatória. A edição 2019 da obra certamente não pode analisar detidamente a reforma promulgada na última semana do ano.

<sup>386</sup> Embora as sugestões do autor não se resumam a distinção entre quem decreta a prisão e quem julga, passando também por contraditório prévio para decretação de cautelares, separação dos autos de cautelares e do processo principal, mecanismos de disfluência processual. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, op. cit., pp. 263-286.

<sup>387</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 96.

<sup>388</sup> As cautelares pessoais são motivadas pela “verificação de que a liberdade do investigado ou acusado representa um perigo à investigação ou instrução do processo (cautela instrumental), à aplicação da lei penal (cautela final) ou à ordem pública ou econômica (cautela social)”. CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 241.

<sup>389</sup> A higidez surge como integridade da investigação ou do processo penal, ou seja, como uma preservação da legalidade dos atos e da própria possibilidade de que sejam efetivamente produzidos, colocando-se essas etapas indispensáveis para aplicação da sanção criminal a salvo de interferências internas ou externas ilegais e indevidas. A efetividade teria conexão mais próxima dos resultados em potencial dos atos praticados e da própria finalidade tanto da investigação quanto do processo. Assim, por exemplo, a higidez da investigação estaria comprometida caso a autoridade policial que a conduz estivesse sob ameaça da pessoa investigada; por sua vez, a efetividade de uma busca e apreensão poderia ser frustrada pela destruição intencional de provas por parte do alvo da medida. PACELLI, por sua vez, afirma que “por efetividade estamos nos referindo à necessidade de se preservar ao adequado funcionamento em um (processo) ou de outra (jurisdição criminal), de maneira a permitir que ambos cumpram as suas importantes missões, tanto como instrumento de garantia

frustrar a aplicação da lei penal,<sup>390</sup> manifestando-se assim com um cariz instrumental ao processo (instrumentalidade qualificada)<sup>391</sup> e à garantia dos direitos fundamentais.

Como diz GIACOMOLLI, trata-se de um requisito que exige a demonstração de que a liberdade do sujeito possa causar um risco, perigo, um dano às situações eleitas pelo legislador, ou seja, um perigo processual.<sup>392</sup> Como já fora dito, a medida cautelar tem uma natureza assecuratória do processo. Visa, portanto, garantir o desenvolvimento normal do processo e da investigação e a incidência do poder punitivo, de modo que o perigo de liberdade deve fornecer uma ameaça à higidez dessa normalidade processual e investigatória. Tais situações, obviamente, não são presumíveis,<sup>393</sup> mas exigem uma demonstração em suporte fático suficiente e empírico, calcado em fatos novos e contemporâneos<sup>394</sup> congruentes com a hipótese legal aventada no caso concreto.<sup>395</sup>

---

do indivíduo quando de aplicação da lei penal”. PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 550.

<sup>390</sup> Por prejuízo poderíamos sugerir um acontecimento que reduz o âmbito de aplicação da lei penal, mas não totalmente. Por exemplo, o sujeito condenado a uma pena de reclusão que se evade para não cumprir a pena não necessariamente impede que efeitos da sentença sobre bens possam ser concretizados. Nesse caso, parte da lei penal foi devidamente aplicada. Em situação diversa, quando a pena de reclusão foi a única aplicada, sem efeitos secundários, a fuga poderia sim traduzir-se em frustração da aplicação da lei penal. No entanto, mesmo a distinção ora apresentada mereceria temperamento à vista da circunstância de que toda condenação traz, em regra, uma parte aplicável independentemente da participação do condenado, como no caso da suspensão dos direitos políticos e do lançamento do nome do réu no rol dos culpados.

<sup>391</sup> Na linha de CALAMANDREI, o procedimento cautelar tem uma instrumentalidade para um processo definitivo. É, portanto, voltado a garantir a eficácia do procedimento principal, sendo utilizado “para predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito”, assegurando a possibilidade do resultado prático do processo principal. Se o processo é instrumental em relação ao direito substancial, o procedimento cautelar é instrumental ao processo principal, de forma que configura uma função mediata em relação ao direito substancial. Trata-se, portanto, da chamada instrumentalidade qualificada, que busca assegurar o melhor resultado para o procedimento definitivo que, por sua vez, pretende ser meio para aplicação do direito. É o instrumento do instrumento. CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 41/42.

<sup>392</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 95/96.

<sup>393</sup> Em sentido similar: “...não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida”. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 692. No âmbito jurisprudencial, por exemplo: “Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal”. HC 93.883, rel. min. Celso de Mello, j. 26-8-2008, 2ª T, DJE de 27-3-2009.

<sup>394</sup> A atualidade dos fatos, intimamente ligada à situacionalidade que exige um acautelamento, foi incorporada à legislação processual (art. 312, § 2º, 315, § 1º, CPP) por meio da Lei n.º 13.964/2019 e antes disso já gozava de ampla acolhida jurisprudencial nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, por exemplo, v. HC 214921/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 17/03/2015, DJE 25/03/2015; HC 299733/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 09/12/2014, DJE 19/12/2014; HC 119533/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 27/05/2014, DJE 10/06/2014; HC 246229/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgado em 15/05/2014, DJE.

<sup>395</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 394/395; GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 95/96.

Mesmo com a introdução recente do termo “perigo” no *caput* do art. 312 do CPP não nos parece possível uma leitura desconectada das limitações impostas pelo princípio da presunção de inocência. Com isso queremos dizer que, se a noção de perigo é inafastável do mundo moderno e se a prisão preventiva, inserida dentro das medidas cautelares, deve se limitar a hipóteses excepcionais em que não se confunda com uma antecipação de tutela penal, o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo suspeito ou acusado que possa dar motivo à prisão será aquele do qual decorra uma fundada ameaça de prejuízo ao exame de mérito sobre o crime do qual o sujeito é suspeito ou acusado e que só poderá ser realizado por meio da jurisdição criminal.

Com isso haverá a um só tempo o respeito à presunção de inocência e ao dever do Estado quanto à jurisdição criminal. O indivíduo tem o direito fundamental à liberdade e à presunção de inocência, assim como cabe ao Estado o dever de punir. No entanto, ninguém está completamente a salvo de cometer crimes e de que recaiam sobre si suspeitas do cometimento de ilícitos.

Toda pessoa está, em regra, vinculada juridicamente a um Estado, ainda que temporariamente, e, portanto, sujeita ao respectivo ordenamento jurídico (tanto em matéria de direitos, quanto de deveres). É dever desse Estado promover a investigação e aplicar as sanções criminais. Nesse contexto a exigência de um devido processo penal constitucional assume um caráter de dever recíproco: o Estado está vinculado a uma atividade coerente com os parâmetros constitucionais, convencionais e legais. A pessoa suspeita ou acusada igualmente está vinculada a tais parâmetros, embora as estratégias e os movimentos processuais possam e devam ser distintos e revestidos de características específicas para cada parte envolvida.

Ora, se o Estado está pautado pela vinculação de legalidade constitucional na busca de elementos de investigação (indícios de autoria e de materialidade), durante o processo penal e na própria fase de execução penal, não seria admissível que o particular prejudicasse ou frustrasse essa atividade estatal por meio do emprego de estratégias ilegais que busquem impedir a coleta de informações e a prolação de juízo sobre a responsabilidade penal desse indivíduo.<sup>396</sup> Evidentemente, a presunção de inocência não se confunde com um “direito fundamental à impunidade”. Do cometimento de uma infração penal não nasce imediatamente

---

<sup>396</sup> Se essa hipótese estiver correta, não haverá nenhuma colisão com a noção hoje amplamente admitida de uso de provas ilegais em benefício do réu com o objetivo de provar a inocência. Isso porque a conduta passível de ser reprimida com uma prisão preventiva, do jeito que afirmamos, é aquela capaz de impedir a coleta das informações ou o proferimento de um juízo, inviabilizando a própria atividade estatal. Ao contrário, o uso de uma prova ilícita para subsidiar uma decisão judicial, por exemplo, antes de inviabilizar a atuação estatal, fornece melhores elementos para ponderação e para a decisão judicial. Mas isso, sempre, em favor da defesa.

um direito a mantê-lo desconhecido ou impune. Não se exige nenhuma colaboração por parte do suspeito ou réu em seu próprio prejuízo, mas também não há um direito a perturbações das investigações ou do processo.

Ainda que se pense na zona cinzenta que pode gravitar em torno do que sejam estratégias ilegais para impedir atividade estatal em âmbito penal, é fato que o próprio Código Penal e outras legislações estabelecem determinadas condutas valoradas como ofensivas ao exercício da atividade jurisdicional,<sup>397</sup> de onde se podem extrair vetores de análise importantes para avaliação da conduta praticada por um suspeito ou réu e que seja capaz de oferecer um perigo à higidez e à efetividade das investigações ou do processo penal.

A simples previsão legal de hipóteses autorizadoras da prisão preventiva não as torna válidas automaticamente. Embora a legalidade e a taxatividade das medidas cautelares em matéria processual penal sejam uma exigência doutrinária com acolhida jurisprudencial,<sup>398</sup> qualquer uma dessas disposições permissivas deve ser submetida ao rigoroso controle jurisdicional de constitucionalidade e de convencionalidade,<sup>399</sup> não se resumindo a uma aplicação autômata.

---

<sup>397</sup> No CP, por exemplo: “Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em júzo arbitral (...); Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito (...) Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro; Art. 356 - Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador (...)”. Na Lei n.º 12.850/13: Art. 2º: (...) § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa(...)”.

<sup>398</sup> Por exemplo, **HC 138.207**, voto do rel. min. Edson Fachin, j. 25-4-2017, 2ª T, *DJE* de 28-6-2017. Decisão monocrática no HC, 186.421/SC, rel. min. Celso de Mello, j. 17-7-2020.

<sup>399</sup> Como assentou a CORTE IDH no Caso Cabrera Garcia, por exemplo: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México**, parágrafo 225. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3nbwTJZ>. Acesso em: 26 jun 2020. O controle de convencionalidade é forma de examinar a conformação vertical das normas de direito interno aos tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) e à jurisprudência formulada pelas Cortes Internacionais competentes. No Sistema Interamericano o exercício primário dessa função pelos órgãos judiciais domésticos pressupõe conhecimento da norma internacional, de seu conteúdo eficaz e da compreensão dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. V. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07GBGMYYK>. Acesso em 18 fev. 2021.

No âmbito das prisões preventivas em particular (e de modo geral nas demais cautelares e na prisão temporária) pensamos que o juízo de avaliação da legalidade constitucional e convencional pode ser realizado tendo como definidos três campos distintos em relação à medida cautelar adotada: finalidade,<sup>400</sup> função e efeitos.

*Finalidade* é o objetivo almejado com a medida cautelar em razão de circunstâncias fáticas (*motivos*) que apontam para um perigo gerado pelo estado de liberdade da pessoa ou para uma necessidade excepcional (*periculum libertatis*). Já vimos anteriormente que, sob a lente da presunção de inocência, está vedada uma equiparação entre inocente e culpado. Por isso é essencialmente, mas não exclusivamente, sobre a finalidade da medida cautelar que o princípio em causa vai ser aplicado. Enquanto a prisão penal tem suas finalidades previstas no art. 59 do CP, a prisão processual deve se afastar dessas mesmas finalidades, sob pena de confundir o inocente com um culpado,<sup>401</sup> e confundir as finalidades distintas que devem orientar as prisões penal e processual.<sup>402</sup>

Já a *função* neutralizadora do perigo exige um exame acerca de se a medida é capaz de *funcionar diretamente* para a finalidade antevista. Assim, a função exercida pela prisão preventiva só terá validade, do ponto de vista da presunção de inocência, quando for apta a neutralizar o perigo gerado pelo estado de liberdade da pessoa afetada.<sup>403</sup>

*Efeitos* podem ser compreendidos como repercussões diretas e indiretas advindas da adoção de uma medida cautelar contra uma pessoa. Neste caso falamos de prisão preventiva especificamente. A rigor são imprevisíveis em toda a sua extensão. Mas claro que aqueles mais significativos são identificáveis, como, por exemplo, a privação da liberdade, proibição de contato pessoal com familiares, etc, a depender da medida. É crucial que para legitimação e manutenção da medida o efeito principal e neutralizador do perigo decorra *diretamente* do meio empregado. Se a neutralização do perigo for apenas um efeito indireto ou colateral ou sequer

---

<sup>400</sup> Conforme ILLUMINATI, prisão penal e processual ainda que estruturalmente iguais, devem orientar-se por finalidades distintas, sob pena de, confundindo a distinção funcional, cair-se na indesejada antecipação de penas por meio de prisões, em tese, revestidas de caráter preventivo. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 36/39.

<sup>401</sup> Mesmo essa ideia de distinguir entre finalidade processual e finalidade penal recebe críticas. Uma delas, de IBÁÑEZ, ao comentar a posição da Corte Constitucional espanhola na STC 128/95, no sentido de que a dimensão definitiva e irreversível dos efeitos da prisão não decorre da finalidade com a qual ela fora justificada. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. **Cuadernos de derecho judicial**. España, 1996, n. 18, p. 13-46. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=556863>. Acesso 20 ago. 2020.

<sup>402</sup> V. Cap. II, item 2.2.3.

<sup>403</sup> A rigor, sobretudo o âmbito da função da medida cautelar recebe limites de outros princípios e preceitos normativos, como hoje expressamente estabelecido no art. 282, I, II, quanto à adequação e à necessidade. No âmbito doutrinário, é muito comum falar-se da proporcionalidade como inerente ao microsistema das cautelares.

decorrer da medida cautelar aplicada pode-se cogitar de que ou a medida é excessiva ou é inapta à finalidade almejada e em qualquer caso deve ser substituída ou revogada, em respeito à liberdade e à proibição, em regra, de imposição de sanções e restrições de direitos antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Em síntese, enquanto a finalidade representa os fins a serem atingidos, a função opera como o meio a ser utilizado, decorrendo daí efeitos diretos e indiretos da aplicação da medida. Assim, como a presunção de inocência traduz em linguagem jurídico-processual o estado de liberdade inerente à condição de ser humano ajustado (com limitações excepcionais) às peculiaridades de uma indispensável jurisdição criminal, esse direito fundamental será violado por uma prisão preventiva (ou outra medida cautelar) que: a) não tenha finalidade de acautelamento processual ou de aplicação da lei penal; b) cuja função seja inapta ou excessiva em relação à finalidade pretendida; c) tenha efeitos diretos diferentes dos esperados e justificados (ou excessivos, ou inesperados). Em qualquer desses casos, a liberdade foi injustificadamente afetada pela medida.

Passam-se então a algumas considerações sobre determinadas hipóteses de prisão preventiva previstas na legislação processual a partir da visão de coerência interna que tentamos estabelecer com a presunção de inocência. O objetivo não é elaborar um amplo estudo das medidas cautelares, notadamente a prisão, mas abordar os pontos sensíveis em que o contato com o tema desta pesquisa se mostra mais concreto.

Aparentemente menos polêmicas e admissíveis majoritariamente pela comunidade jurídica (doutrina<sup>404</sup> e jurisprudência) como típicas medidas de cautela processual são as modalidades de conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

A prisão preventiva para assegurar a regularidade da instrução criminal trata de uma motivação tipicamente cautelar. Segundo GIACOMOLLI, ocorre quando a liberdade do sujeito, depois de cometido o crime, interferir objetivamente na prática de atos processuais probatórios gerando um risco de dano à prova e ao processo. Nesse contexto, o autor entende necessário

---

<sup>404</sup> Admitindo ambas as modalidades como causas tipicamente cautelares, exemplificativamente, v: WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016, p. 370/372; LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 691; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prisão preventiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 5-18, abr./mai.. 2009. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=71873](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71873). Acesso em: 11 ago. 2020; CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 255.



que se demonstre a relação do sujeito ou a possibilidade de contato real direto ou indireto com as fontes de prova, com aptidão para perturbar a prova.<sup>405</sup>

A hipótese de prisão é também admissível para casos em que o suspeito ou acusado “ameaça ou intimida o juiz ou o promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo”.<sup>406</sup> Ademais, deve-se evitar nesses casos uma leitura amplamente discricionária que permitiria a privação da liberdade por simples conveniência da instrução criminal. Pelo contrário, a única leitura possível é considerando-se a estrita excepcionalidade da medida cautelar em nome do respeito à presunção de inocência.<sup>407</sup>

Ora, se a privação da liberdade de forma legítima está condicionada à existência de uma necessidade de neutralização de perigo gerado para o processo que não será alcançada com outra medida cautelar, a violação à condição de inocente do acusado poderá ocorrer pela indevida transmutação de uma prisão preventiva em antecipação de pena quando, por exemplo, a instrução criminal estiver encerrada sem que a prisão tenha sido revogada ou quando a prisão seja utilizada em nome de uma cautelaridade que poderia ser atendida com medidas alternativas à prisão.<sup>408</sup>

Assegurar aplicação da lei penal é outro dos fundamentos admissíveis para uma prisão preventiva, desde que concretamente demonstrado risco à garantia da execução da sanção penal ao fim do processo. Os atos aqui devem apresentar fundamentos idôneos a cogitar-se de risco de que o imputado atue para não se submeter à sanção criminal. Primeiramente deve exsurgir

---

<sup>405</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 398.

<sup>406</sup> LOPES JR, Aury, op. cit., p. 691.

<sup>407</sup> Com críticas a noção de conveniência, v. LOPES JR, Aury, op. cit., p. 691; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 5-18; CRUZ, Rogerio Schietti, op. cit., p. 255.

<sup>408</sup> Portanto, não endossamos aqui a crítica feita por MORAES ao que ele chama de doutrina processualista que, em tese, entenderia como justificada a prisão com a mera existência de cautelaridade. A propósito o autor fornece um exemplo em seu livro para trabalhar a necessidade de acautelamento processual. Sugere o autor que dado um caso em que comprovado o requisito do *fumus comissi delicti*, estaríamos diante de uma situação de perigo evidenciada no *periculum libertatis* pelo fato de que o provável autor é estrangeiro não residente no Brasil, mas no país para férias. O cometimento do crime ocorre na véspera de seu retorno, já estando ele com bilhete comprado. Conclui o autor que nesse caso “já se intui que emergirá totalmente desproporcional sua prisão provisória”, bastando medidas cautelares como a obrigação de entregar seu passaporte e que fossem avisadas as autoridades de controle de fronteiras. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 384/385. Ora, chegamos à conclusão idêntica mesmo defendendo a cautelaridade (processual) como critério de legitimação da prisão preventiva. No caso, se a *finalidade* era simplesmente garantir a manutenção do estrangeiro em território nacional para que pudesse responder ao processo de que é alvo, a prisão preventiva como *função* neutralizadora do perigo processual geraria um *efeito* direto que não é legitimamente esperado porque priva o sujeito da liberdade em todo o território nacional quando a única finalidade era evitar que ele saísse do país. Ou seja, não estava em causa o perigo gerado pela liberdade do sujeito no território nacional, mas sim o perigo gerado pela possível saída do país. A rigor, a impossibilidade de sair do país foi apenas um efeito colateral de uma privação da liberdade muito mais severa – o suspeito não sairia do presídio. Ou seja, a prisão nesse caso não teria finalidade.

dos autos alta probabilidade de condenação do sujeito. Em segundo lugar, indícios concretos de que tenta ou poderá frustrar a aplicação da lei penal.<sup>409</sup> O perigo de fuga e a própria fuga consistem em motivações fáticas hábeis a subsidiar um decreto de prisão preventiva.<sup>410</sup> Evidentemente não se admite mera presunção de fuga, calcada em argumentos puramente superficiais e em ilações genéricas sem conexão com o contexto fático em causa.

De fato, vimos que esse é um ponto em que as polêmicas são atenuadas. A medida cautelar aqui cogitada é massivamente acolhida pela doutrina nacional, pela jurisprudência dos tribunais superiores (STJ, STF) e internacionais.

Em todo caso pensamos que seja prudente alguma cautela com juízos de probabilidade sobre condenação para fins de justificar a prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal. Se esta modalidade de prisão está mais intimamente relacionada à eventual execução penal, mostrar-se-ia mais consentâneo com o princípio da presunção de inocência que elemento de tal magnitude só viesse a ingressar nos autos para militar em prejuízo da liberdade do réu quando determinadas etapas processuais já tenham sido superadas, sobretudo decisões de mérito condenatórias.

Com isso não se está a defender a legitimidade de execuções antecipadas de pena, mas, pelo contrário, exigindo-se um nível de subsídios mais elevado para utilizar, como motivação fática, afirmações de que o réu pretende subtrair-se à aplicação de uma provável sanção penal. Diante de um cenário aparentemente desfavorável por conta de decisões de mérito condenatórias e aliando-se a isso as circunstâncias fáticas que demonstrem os requisitos de *fumus comissi delicti e periculum libertatis* (perigo de fuga ou fuga efetiva), o grau de exigência para reconhecimento dessa hipótese legal é robustecido.

Ademais, um maior cuidado com tais prognósticos como ora sugerido pode evitar um outro problema passível de violar a presunção de inocência. Se a exigência constitucional de tratamento como inocente impuser, como a compreendemos, um limite ao conteúdo de opiniões e decisões prévias sobre um determinado fato, mas principalmente quanto à certeza de sua autoria, eventuais excessos linguísticos por ocasião de uma decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal podem culminar na impressão, quando não na constatação efetiva, de que o mérito do caso criminal já fora prematuramente resolvido.

---

<sup>409</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 399.

<sup>410</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 100.

Em âmbito mais controverso figuram as outras duas hipóteses de prisão preventiva autorizadas pelo *caput* do art. 312, CPP (preservação da ordem pública ou da ordem econômica). A prisão para garantia da ordem pública<sup>411</sup> parece congrega as maiores controvérsias, sobretudo porque é muito mais frequente sua utilização.

Crítica corrente na doutrina<sup>412</sup> adverte sobre a ambiguidade, vagueza e fluidez do conceito de ordem pública que por isso mesmo se tornaria um argumento retórico para qualquer medida, uma ferramenta sempre disponível para uso e abuso por parte das agências estatais,<sup>413</sup> notadamente nesse caso por meio de pedidos de prisão veiculados por autoridade policial e Ministério Público e decretados por órgãos judiciais em nome de um suposto compromisso com a segurança e o acautelamento social.<sup>414</sup>

---

<sup>411</sup> “Na verdade, a cláusula nasceu com o movimento iluminista. Era uma tentativa de trazer para a vida terrena, por influência também das ciências exatas, especificamente da astronomia, a ordem celeste, a ordem universal, em que os astros giram todos harmonicamente na sua órbita, sem colidir com os outros. Foi essa noção da astronomia que foi trazida pela Revolução Francesa. Nelson Saldanha afirma que ‘a burguesa ampliou as estruturas econômicas e consagrou a noção de ordem pública’. Daí surgiu o termo ‘ordem pública’ adotado pelo direito. Sua utilização, porém, no nazismo e no fascismo foi desvirtuada e justificou, na Alemanha nazista, inclusive, a exterminação de outra raça. No Brasil, amparou a doutrina da segurança nacional, da ditadura militar, que fundamentou a supressão de direitos fundamentais”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

<sup>412</sup> Dentre outros, v. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 702/703; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prisão preventiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 5-18, abr./mai. 2009. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=71873](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71873). Acesso em: 11 ago. 2020.

<sup>413</sup> Segundo CASTANHO DE CARVALHO, enquanto a ordem pública permite cogitar de um funcionamento normal dos poderes constituídos, a noção de interesse público mais parece articular uma conjuntura de preponderância do interesse coletivo sobre o interesse privado. Assim, a ordem pública, mais equilibrada, pressupõe um respeito aos interesses coletivos e privados, simultaneamente. Em todo caso, diz o autor, ainda que se tente conceituá-la, seu desenvolvimento histórico sempre foi conturbado e permitiu desvirtuamentos. Trata-se de uma “expressão-ônibus, para o bem ou para o mal: nela cabe tudo”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

<sup>414</sup> “Na Law in action se observam motivações espúrias e disfuncionais na decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública: “credibilidade do Poder Judiciário”, “credibilidade da Justiça” ou das “instituições”, “aplar os altos índices de criminalidade”, “dar uma resposta imediata e enérgica ao crime”, “acabar com a rede de crimes criadas pelo tráfico de drogas”, “clamor público”, “gravidade do crime”, “comoção social, inclusive divulgado pela mídia”...Essas expressões se difundem, revelando recíprocas, múltiplas e geométricas injustiças. Desvinculadas do plano concreto, são heresias, deturpações, as quais viram dogmas, na perspectiva da antecipação da tutela penal material. Meros prognósticos ou juízos ou suposições, não justificam validamente a prisão, na medida em que a constrição se vincula à necessidade de cautela”. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 97.

<sup>415</sup> Cite-se, por exemplo, o seguinte trecho de acórdão do STJ em que mantida prisão preventiva pela “gravidade concreta do delito” também reforçada pela “renitência criminosa do agente”: “A despeito dos reclamos doutrinários de interpretação restritiva da locução ordem pública, a jurisprudência desta Casa de Justiça tem-na admitido nas hipóteses em que o *decisum* se funda em elementos concretos dos autos.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso em Habeas Corpus Nº 73.264 - SP (2016/0182908-6)**. Relatora:

De outro lado, há autores que afirmam que o conceito não é vago, mas sim as decisões judiciais que o utilizam como álibi retórico sem qualquer demonstração de como deve se aplicar no caso concreto;<sup>416</sup> ou quem pretenda fazer uma leitura dita democrática de “ordem pública” como dever de proteção de direitos fundamentais dos cidadãos pelos poderes instituídos, salvaguardando assim o reconhecimento da constitucionalidade da expressão utilizada em legislações infraconstitucionais e a atribuição, mesmo que residual, do Poder Judiciário para concretizar essa tutela em casos concretos.<sup>417</sup>

Especificamente quanto à possibilidade de prisão com esse fundamento algumas opiniões bastante distintas correm na doutrina.<sup>418</sup> Na sequência abordaremos alguns pontos centrais da discussão, subdividindo-as em duas correntes. Uma delas, defende a substancial inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão da falta de qualquer finalidade cautelar ao processo nessa modalidade de privação da liberdade. Na segunda posição, parte da doutrina aponta para a possibilidade bastante restrita de utilização da prisão para garantir a ordem pública, assinalando-se aí opiniões que tentam delimitar o que se

---

Min. Maria Thereza de Assis Moura, 02 de agosto de 2016. Disponível em: <http://bit.ly/3opMnu6>. Acesso em: 07 jan. 2021.

<sup>416</sup> Ordem pública, segundo o RANGEL, é “a paz e tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”. Assim, para o autor, não haverá paz pública onde o indiciado ou acusado puder praticar novos crimes, mantendo-se em liberdade. Por isso, inexistente qualquer inconstitucionalidade na expressão ordem pública por eventual vagueza do conceito. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 829/830.

<sup>417</sup> Ao propor uma leitura democrática da ideia de ordem pública, CASTANHO DE CARVALHO afirma que “a ordem pública é a afirmação da proteção dos direitos fundamentais, que incumbe aos poderes públicos como dever constitucional”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

<sup>418</sup> LIMA apresenta um pequeno resumo do que entende ser as três posições em torno da prisão preventiva com esse fundamento. Primeiro, uma corrente minoritária que não admite a prisão para garantia da ordem pública por lhe faltar o interesse cautelar do processo, estendendo-se para atingir objetivos extraprocessuais. Em segundo, uma corrente mais restritiva, admite a prisão para garantir a ordem pública quando, fundada em elementos concretos do caso, entende-se presente “risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime”. O caráter cautelar, nesse caso, estaria assegurado com a necessidade de resguardar o resultado útil do processo, no caso a prevenção geral, destinada a evitar novos crimes. Segundo o autor, esse entendimento encontra reforço com a Lei 12.403/11, que traz no art. 282, I, justamente a previsão de evitar novas infrações penais. Para o autor, essa é uma posição que sempre prevaleceu nos Tribunais Superiores. Por fim, uma corrente com caráter ampliativo, admitiria a prisão para garantia da ordem pública tanto porque necessário para evitar a prática de novas infrações penais, quanto para acautelar o meio social e para garantir a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público. No âmbito do STF, o autor aponta julgado em que fora Relator o Min. Gilmar Mendes, HC 89.090, em que o Ministro estabelece como critérios de prisão: Garantir a integridade física e psíquica do paciente ou de terceiros; impedir reiteração de práticas delitivas, quando fundamentados em elementos concretos do caso. Associado aos elementos anteriores, assegurar a credibilidade das instituições por meio da resposta imediata e adequada no âmbito de políticas públicas de persecução criminal. LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Volume único. Niterói: Impetus, 2013, p. 906/910.

deve entender por ordem pública e conseqüentemente demarcando uma maior ou menor abrangência da hipótese legal do art. 312, CPP.<sup>419</sup>

Começaremos pela segunda corrente. Aí estão as posições que admitem em extensões variadas a prisão preventiva para garantia da ordem pública. Nesse caso, podem-se também elencar aquelas posições que são muito críticas à possibilidade dessa medida respaldada por um fundamento não cautelar, mas, diante do cenário atual e da posição minoritária em que se inserem, admitem tentar oferecer contornos doutrinários bastante restritivos.

De modo geral, tem-se reconhecido a possibilidade de utilizar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública para evitar o risco de reiteração delitiva quando, diante do caso concreto, revelem-se elementos a apontar para um envolvimento com organização criminosa do indivíduo ou algum tipo de habitualidade ou continuidade delitiva, normalmente aferidas com base em antecedentes criminais. Além disso, a gravidade concreta do crime, demonstrada sobretudo pelo *modus operandi* (violento), pode revelar uma especial periculosidade do agente.<sup>420</sup> Outra possibilidade de prisão preventiva estaria na pretensão de desarticular células criminosas que estão em atuação.

GIACOMOLLI, como visto acima, tem uma posição bastante crítica quanto ao uso meramente retórico do conceito de ordem pública, funcionando por meio de referências abstratas e desconectadas do contexto fático em que efetivamente vai operar a medida cautelar decretada sob esse fundamento. Entretanto, o autor admite que, nos estritos limites em que se pode utilizar a prisão preventiva para garantir a ordem pública, há de se demonstrar, no caso concreto e com base em fatos novos ou contemporâneos, que “o delito coloque em risco a organização estrutural de uma instituição do Estado ou do próprio Estado de Direito”, sendo vedada a utilização de motivações de prevenção especial ou geral.<sup>421</sup>

Para CRUZ, admite-se a possibilidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública com o propósito de evitar a prática de *novos crimes* em situações mais extremas, quando, diante da existência de crimes graves, seja possível avaliar a *periculosidade do agente*

---

<sup>419</sup> Embora não se possa descartar a possibilidade de concepções mais radicais sobre prisão preventiva, no que nos foi possível coletar em doutrina, hoje as opiniões divergem quanto à extensão dos limites aplicados à garantia da ordem pública, mas convergem na necessidade de traçar limites.

<sup>420</sup> Sobre periculosidade do agente, dentre outros, v. **HABEAS CORPUS Nº 581.811 - MG (2020/0114929-0); HABEAS CORPUS Nº 311.909 - CE (2014/0333403-5)**

<sup>421</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 97.

a partir da forma de execução do crime de que ele é suspeito, como em razão de seu comportamento *anterior ou posterior* à prática ilícita.<sup>422</sup>

O autor, nesse quesito, faz um elogio à posição de MORAES, que tenta conciliar a prisão preventiva e a presunção de inocência por meio de três critérios sugeridos, de forma cumulativa: pena elevada, a gravidade do crime decorrente das circunstâncias em que fora cometido e pequena distância temporal entre a data do fato e o decreto de prisão. Com essa proposta o autor acredita ser possível conciliar o poder punitivo do Estado e o direito à liberdade do indivíduo.<sup>423</sup>

Com efeito, MORAES propõe uma compreensão de ordem pública limitada por elementos externos que sejam capazes de, agregados a outros elementos indispensáveis para a medida, dar contornos mais estritos ao conceito e evitar o uso abusivo como fator determinante para prisões provisórias. Em sua perspectiva três fatores serão decisivos, todos relacionados ao crime em causa como eixo central de análise.

Em primeiro lugar, a pena prevista para o crime torna-se um importante vetor e justifica-se em nome de uma proporcionalidade entre a medida de coação e uma eventual pena definitiva. Para o autor, não faria sentido prender alguém cuja pena não o levaria à prisão em sendo condenado.<sup>424</sup>

O segundo critério diz respeito ao modo como o crime foi cometido, revelado no caso concreto pelas “circunstâncias e forma demonstradas do cometimento do suposto crime”. Em sua percepção, há crimes que se tornam mais notórios justamente pelo modo de execução que assume maior conotação do que o próprio delito.<sup>425</sup>

Nesse caso o autor sugere que a análise do segundo componente seja sempre realizada cumulativamente aos demais, partindo-se de elementos objetivos e existentes nos autos, tendo assim a possibilidade de se limitar interpretações subjetivistas que ampliem o âmbito de abrangência do critério.

Terceiro elemento será o lapso temporal decorrido entre o fato cometido e o momento de decreto da prisão. Para MORAES essa relação é inversamente proporcional. Ou seja, quanto

---

<sup>422</sup> CRUZ, Rogerio Schiatti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, 268.

<sup>423</sup> Ibid, p. 269/270.

<sup>424</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 393. Importante referir que o texto do autor fora escrito antes das alterações ao art. 313, CPP, realizadas pela Lei n.º 12.403/2011.

<sup>425</sup> Ibid, p. 393. Em seus exemplos estão crimes particularmente graves como homicídios por meio de esquartejamento ou após sessões de tortura, tráfico de drogas com crianças, dentre outros.

maior for o tempo decorrido entre os dois fatores apontados, menor será a necessidade da prisão, salvo advento de fatos novos relacionados com o primeiro fato e que o agravem.<sup>426</sup>

Com esses três elementos propostos, o autor defende uma abordagem que não necessariamente intervenha na própria noção interna de ordem pública, mas sim numa construção de um conjunto de elementos externos que seja capaz de fornecer limites ao uso abusivo da hipótese de prisão prevista em lei.

PACELLI, por sua vez, admite como quase incontornável o argumento de que tal modalidade de prisão viola o estado de inocência ao antecipar um juízo de culpabilidade sobre o sujeito passivo da medida, com a pretensão de assegurar-se de novas infrações penais ou contra a tranqüilidade social.<sup>427</sup>

No entanto, defende a possibilidade, em hipóteses muito excepcionais, do uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública, flexibilizando a incidência do princípio do estado de inocência quando em jogo outros bens jurídicos de hierarquia igualmente constitucional. Nesse caso, não se trataria de segurança pública como simples abstração, mas sim com uma concretização em razão de dados empíricos a serem analisados no caso concreto.<sup>428</sup>

Em sua opinião a prisão preventiva para garantia da ordem pública poderá se justificar quando: O crime se revela gravíssimo tanto em razão da pena abstratamente cominada, quanto pelo modo de execução que revele barbárie e desprezo pelo bem jurídico atingido, hipótese em que uma providência imediata pode inclusive impedir que se coloque em risco a legitimidade do exercício da jurisdição penal; quando haja risco de novas investidas criminosas e ainda seja possível constatar uma situação de comprovada tranqüilidade social.<sup>429</sup>

---

<sup>426</sup> A justificativa desse terceiro aspecto, para o autor, ampara-se em dois outros elementos, quais sejam, o flagrante e a prescrição penal. Do primeiro retira-se certa similitude decorrente de uma prisão com natureza material, consistente na repulsa advinda da “proximidade do ato tido como crime e a alta probabilidade de seu cometimento extraída da certeza visual” que justificam a prisão em flagrante. Ora, em sendo uma prisão material, também a provisória para garantir a ordem pública perde força com o passar do tempo. O outro ponto anotado pelo autor é quanto à prescrição. Nesse caso, segundo MORAES, se a própria sanção ao cometimento de um crime sofre os efeitos temporais decorrentes da prescrição, sejam em razão do esquecimento dos efeitos do crime pela sociedade, seja pelo fato de que o tempo pode revelar que a punição poderia ser indevida ou desnecessária, com maior razão a prisão provisória deve estar sujeita também ao fator tempo como critério de legitimação da preventiva, *Ibid*, p. 395/396.

<sup>427</sup> Merece destaque que antes de apresentar a justificativa para a prisão por garantia de ordem pública o autor faz uma crítica à manutenção da expressão ainda na Lei 12.403/11. Admite que a modalidade de prisão preventiva para garantir a ordem pública não tem cautelaridade processual, mas sim a pretensão de proteger a comunidade, “coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem tranqüilidade social”. Para ele, no Brasil a jurisprudência vem dando sinais de que a ordem pública fica adstrita ao objetivo de evitar a prática novas infrações criminais. PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 556/557.

<sup>428</sup> *Ibid*, p. 557.

<sup>429</sup> *Ibid*, p. 557 e 559.

Partindo da noção de que ordem pública é a proteção de direitos fundamentais, CASTANHO DE CARVALHO conclui que não são inconstitucionais medidas cautelares destinadas à garantia da ordem pública. Assim, o art. 312 ao prever a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou o afastamento do lar, ou a suspensão de permissão ou habilitação para dirigir são medidas ajustadas ao art. 5º, CF. A propósito, afirma o autor, citando estudo de Mireille Delmas-Marty, que vários países europeus (Alemanha, Inglaterra, França, Bélgica, Itália), contam com legislação que autoriza a prisão preventiva como forma de evitar novos crimes, coincidindo como a noção de ordem pública.<sup>430</sup>

Por fim, o autor admite que o Poder Judiciário pode exercer, residualmente, a proteção da ordem pública por meio da decretação de medidas cautelares. A rigor, o judiciário não está diretamente envolvido na garantia da ordem pública, mas sim na ponderação de valores envolvidos no caso concretamente analisado, de modo a viabilizar uma necessária medida de proteção a um valor concretamente sob ameaça. Por essa via indireta, acaba coincidindo com a proteção da ordem pública (enquanto proteção de direitos fundamentais).

Isso porque é preciso relembrar que o processo penal destina-se à tutela dos direitos individuais, sem descuidar que é ao mesmo tempo um instrumento necessário de aplicação das sanções penais. Nesse contexto, se ao direito penal é reservada a função de proteger os “não desviantes” caberá ao processo penal também o fazer nos casos em que a liberdade do indivíduo revela-se uma ameaça concreta a direitos de outros membros da sociedade. Por fim o autor adverte que não se pode ampliar o conceito de ordem pública, quando a leitura democrática proposta tem justamente a pretensão de limitar sua extensão. Ademais, afirma que é preciso limitar a medida temporalmente.<sup>431</sup>

Para RANGEL é possível a prisão preventiva quando o indiciado ou acusado, em liberdade, continuar a prática de novos crimes perturbando a ordem pública e desde que preenchidos os demais requisitos da medida cautelar. Ordem pública, segundo o autor: “a paz e tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”. Portanto, não haverá paz pública onde o indiciado ou acusado puder praticar novos crimes, mantendo-se em liberdade.<sup>432</sup>

---

<sup>430</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 829/830.



GRECO FILHO sugere que a garantia da ordem pública exige uma resposta criminal nos casos em que o crime atente “contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade” e também quando determinados delitos, diante do “comportamento dissimulado, desafiador, repulsivamente frio ou análogo causam justa repulsa social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade”, cabendo ao juiz distinguir as situações e aplicar a medida cautelar quanto necessário.<sup>433</sup>

Também se colhem na jurisprudência e na doutrina algumas opiniões no sentido de que a credibilidade das instituições judiciárias, ainda que não como um fundamento isolado, pode eventualmente autorizar a decretação de uma prisão preventiva.

Na outra corrente apontada estão autores que defendem a inconstitucionalidade substancial<sup>434</sup> da prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão de sua falta de cautelaridade processual. Trata-se, a rigor, de uma medida de cunho material, com caráter antecipatório da tutela penal, desprovido de qualquer interesse cautelar. Nesse contexto violaria a presunção de inocência ao restringir, de forma inconstitucional, liberdade individual antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.<sup>435</sup>

LOPES JR adverte que “as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento”, de modo que só serão efetivamente cautelares aquelas medidas que estejam destinadas à essa finalidade de instrumentalidade qualificada, ou seja, o instrumento (cautelar) do instrumento (processo) para que se obtenha o resultado final.<sup>436</sup>

Mas para o autor a garantia de ordem pública nada tem a ver com essa pretensão acautelatória legitimamente admitida pela Constituição. Pelo contrário, enquanto expressão de outras finalidades como antecipação da tutela penal ou medida de segurança acaba por traduzir uma frontal violência à liberdade e ao princípio da presunção de inocência. E como adverte o

---

<sup>433</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. Com colaboração de João Daniel Rassi). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581238>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

<sup>434</sup> “Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantias da ordem pública ou da ordem ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de “segurança pública”. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 702.

<sup>435</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 66/69.

<sup>436</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 701/705.

autor, em se tratando de medida limitada pelos princípios da legalidade e da taxatividade torna-se inadmissível qualquer compreensão que alargue por analogia “o conceito de *cautelar* até o ponto de transformá-la em *medida de segurança pública*”.<sup>437</sup>

Crítica similar é feita por BADARÓ para quem a prisão para garantia da ordem pública não tem pretensão de conservar uma situação de fato para assegurar a eficácia e a utilidade de uma futura condenação, mas sim antecipar efeitos da condenação, confundindo-se, portanto, com uma finalidade não cautelar, finalidade que, segundo sua compreensão, é um critério de distinção essencial entre uma medida cautelar e uma antecipação de tutela penal.<sup>438</sup>

Essa é também a opinião de TOURINHO FILHO. A prisão preventiva só estará legitimada quando for decretada para “conveniência da instrução criminal” ou para “asseguramento da aplicação da lei penal”, sendo que “toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contrária ao princípio da ‘presunção de inocência’, dogma de fé”. Segundo o autor essa finalidade de garantia de ordem pública (assim como a própria proteção da ordem econômica) tem finalidade extraprocessual, razão pela qual ambas representam, “sem sombra de dúvida, antecipação de pena”.<sup>439</sup>

Por sua vez a prisão preventiva para garantia da ordem econômica introduzida pelo art. 86 da Lei 8.884/84 também recebe muitas críticas, quase todas similares àquelas direcionadas à proteção da ordem pública. Como representativo dessa corrente crítica apontamos LOPES JR para quem se o objetivo da medida é perseguir a especulação financeira e transações fraudulentas, melhor seria recorrer a sanções penais à pessoa jurídica, ao direito administrativo sancionador ou a restrições comerciais, além do fato de que outras medidas cautelares de caráter patrimonial podem se revelar mais satisfatórias do que a simples privação da liberdade.<sup>440</sup>

Também em tom crítico GIACOMOLLI indaga se de fato alguma atividade ilícita terá a potencialidade de colocar em risco a ordem econômica de um município, estado ou nação, além de perguntar-se se a prisão preventiva teria o êxito em aplacar esses eventuais riscos ou o perigo apontado. Para o autor a “situação econômico-financeira no Brasil ou no exterior, por si

---

<sup>437</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 701/705.

<sup>438</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/319Dz9s>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 04 ago. 2020.

<sup>439</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prisão preventiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 5-18, abr./mai. 2009. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=71873](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71873). Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso em: 11 ago. 2020.

<sup>440</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 706.

só, não se constitui em base empírica suficiente e legítima para dar suporte à motivação legal da prisão para garantir a ordem econômica e nem como garantia da ordem pública”.<sup>441</sup> Refere ainda que nenhuma prisão com a pretensão de garantir a devolução de valores subtraídos ou de modo geral obtidos ilicitamente pode ser justificada como garantia da ordem econômica.<sup>442</sup>

Pois bem. Se a análise dos vetores da função e dos efeitos da prisão preventiva terá importância preponderante para avaliação da legitimidade da medida tendente a garantir a regularidade da investigação ou da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, o vetor da finalidade tem particular relevância em sede de controle sobre as prisões fundamentadas na garantia da ordem pública e na da ordem econômica.

Como deixamos antever, a presunção de inocência pauta-se por uma necessária distinção entre inocente e culpado, de modo a potencializar uma indispensável diferenciação de tratamento entre ambos. Daí decorre, dentre tantos efeitos já assinalados, um critério de avaliação da legitimidade de uma prisão preventiva em razão de sua finalidade processual ou material.

A finalidade material, própria da pena (art. 59, CP), voltada à prevenção de crimes e à retribuição pelo crime cometido não pode ser legitimamente sustentada frente ao princípio em causa. A indevida transposição dessas finalidades punitivas ou retributivas para o curso processual rompe com a própria ideia de instrumentalidade constitucional<sup>443</sup> ínsita ao Estado de Direito e aniquila qualquer pretensão de devido processo fazendo-o mero simulacro de respeito aos direitos fundamentais.

A perspectiva de prisão material, a rigor, encontra-se amparada numa noção questionável de imediatidade de resposta ao fenômeno criminal, culminando na indesejável confusão entre processo e pena, diluindo-a num suposto “cuidado social” que se projeta com alto custo de direitos às pessoas afetadas por investigações e processos criminais.

A prisão para garantia da ordem pública e mesmo para garantia da ordem econômica produz uma série de inconsistências que fragilizam a coerência interna do processo penal, pelo menos enquanto visto por sua feição constitucionalmente vocacionada à tutela dos inocentes.

A pretensão de alcançar um efeito desestimulante da criminalidade por meio do efeito intimidador atribuí à prisão processual justamente um efeito penal que não guarda nenhuma

---

<sup>441</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 98.

<sup>442</sup> Ibid, p. 99.

<sup>443</sup> LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 59. No mesmo sentido: LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38/45. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 77 e ss.

conexão com o processo em curso. Opera, em tese, num âmbito extraprocessual como ferramenta teoricamente formulada para gerar os diversos resultados de prevenção negativa e positiva, geral e especial – em suas múltiplas vertentes questionadas - todos eles articulados em nome de uma aplicação da pena com a pretensão de validar a própria existência do direito penal.

Aqui é importante referir, aliás, que não bastassem as finalidades extraprocessuais absolutamente prematuras e desvinculadas da própria ideia de responsabilidade penal individualizada, já que desprovida de uma necessária dosimetria, a prisão preventiva para garantia da ordem pública chega no limite a impor uma aflição desproporcional ao delito eventualmente cometido, violando nesse caso preceitos que poderiam ser extraídos até mesmo de uma perspectiva exclusivamente retributiva do direito penal. Tornam-se ainda mais graves as prisões para garantia da ordem pública quando utilizadas com outros objetivos que sequer decorrem de legislação penal, como, por exemplo, a credibilidade das instituições (estética da eficiência).

O que se evidencia com muita frequência é que as finalidades pretendidas com a garantia da ordem pública, como acautelamento social, prevenir novos crimes, garantir a credibilidade das instituições, amainar o clamor público que segue o delito, tentam apressar por meio de uma prisão indevida certas respostas das instituições de segurança pública e do Poder Judiciário a um cenário de criminalidade notabilizado midiaticamente pelos fenômenos da violência (criminalidade tosca) e da suposta impunidade (criminalidade sofisticada), em busca de uma preservação institucional um pouco “egocêntrica” que pouco ou nada responde em termos efetivos às atribuições constitucionalmente adequadas às instituições envolvidas<sup>444</sup> e às exigências sociais legitimamente admitidas pela CF/88.<sup>445</sup>

A sensação de segurança social diluída na sociedade por meio de práticas institucionais açodadas e ilegais, hoje erigidas a um espetáculo corriqueiro por definição unilateral e arbitrária do valor Justiça, é imediatamente aniquilada assim que um indivíduo é submetido a uma investigação ou a um processo penal pautado pelos critérios de resposta imediata e de

---

<sup>444</sup> Ainda que a CF/88 seja bastante clara em demarcar os espaços de atuação dos órgãos de segurança pública, tanto de investigação quanto de policiamento ostensivo (art. 144), e do Ministério Público (art. 129) em seu papel de titular da ação penal, os órgãos do Poder Judiciário desbordam de seu papel fundamental de controlador da legalidade dessa atuação e acabam muitas vezes sendo capturados pelo discurso introjetado numa atividade judicial viciada pela pretensão de operar como entidade policial.

<sup>445</sup> Segurança pública é um legítimo interesse e um direito fundamental estabelecido na CF/88, art 6º e 144, ambos da CF/88. Em momento algum se questiona o caráter vinculante de tais normas e o dever estatal de cumprir adequadamente tais comandos. No entanto, é imprescindível a separação entre atividades de polícia voltadas à proteção de pessoas e coisas e a atividade judiciária. Se tem algo que parece elementar com a experiência hoje acumulada em razão do conhecimento histórico de múltiplos casos no Brasil e no mundo é que a atividade judicial deve manter-se apartada da lógica policial.

“apenamiento” processual de sospeitos e acusados, quando, enfim, cada um poderá experimentar na prática o custo da ausência de um devido processo penal.

Merece relevo, a propósito, a advertência consignada pela CORTE IDH no caso Norín Catrimán y otros quanto ao fato de que o enfrentamento à delinquência é uma medida que deve ser realizada pelos Estados e por meio do direito penal, mas que essa não é a finalidade da prisão preventiva (§ 361),<sup>446</sup> porque ela deve ser utilizada exclusivamente para fins processuais (§ 311)<sup>447</sup> e orientada por critérios de legalidade, excepcionalidade, finalidade compatível com a CADH,<sup>448</sup> de idoneidade, de necessidade e de proporcionalidade (§ 312).<sup>449</sup>

Por tais razões, revelam-se incompatíveis com a presunção de inocência diversas finalidades incluídas nessa elástica expressão “ordem pública” e que tem dado legitimidade às prisões decretadas diariamente a título cautelar. Vejamos:

---

<sup>446</sup> “361. El Tribunal considera que la causal de “peligro para la seguridad de la sociedad” tiene una redacción que admite varias interpretaciones en cuanto a la consecución tanto de fines legítimos como de fines no cautelares. En cuanto a una interpretación en este último sentido, la Corte reitera su jurisprudencia constante en materia de los estándares que deben regir la prisión preventiva en cuanto a su excepcionalidad, carácter temporal limitado, estricta necesidad y proporcionalidad y, fundamentalmente, los relativos a que los fines que busque alcanzar deben ser propios de su naturaleza cautelar (fines de aseguramiento procesal de acuerdo a las necesidades que se justifiquen en el proceso concreto) y no puede constituirse como una pena anticipada que contravenga el principio de presunción de inocencia que protege al imputado (supra párrs. 307 a 312). La Corte estima que no está en discusión que los Estados Parte pueden adoptar medidas de derecho interno para prevenir la delincuencia, una parte de ellas a través de su ordenamiento jurídico y particularmente del Derecho Penal a través de la imposición de penas, pero estima necesario enfatizar que ello no es función de la prisión preventiva”.

<sup>447</sup> “311. (...) **a**) Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena(...)”

<sup>448</sup> “312. (...) **a**) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención (supra párr. 311.a). La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”<sup>329</sup>. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva<sup>330</sup>. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto”.

<sup>449</sup> “(...) **b**) Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. **c**) Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto<sup>333</sup>. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (supra párr. 311.b), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales. **d**) Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida; (...)”

a) *Atender ao clamor público*<sup>450</sup> e *garantir a credibilidade das instituições*<sup>451</sup> são finalidades completamente estranhas ao âmbito processual e atingem uma superlativa violação da presunção de inocência porque sequer traduzem modalidade de sanção ou efeito penal previsto em lei.<sup>452</sup> Nesse ponto, não se trata nem mesmo de antecipar um efeito penal, mas sim de aplicar uma medida cautelar para gerar efeitos totalmente atípicos;

b) a *periculosidade do agente*, normalmente colhida de elementos como antecedentes criminais ou em razão das circunstâncias e do modo de execução do crime (gravidade concreta) sob investigação ou do qual o sujeito é acusado, também é critério questionável. Primeiro, porque a periculosidade, isoladamente compreendida, pode não oferecer risco à higidez e à efetividade da investigação ou do processo, faltando, portanto, a necessidade cautelar;<sup>453</sup> em segundo lugar, parte de um juízo de valor negativo sobre a própria pessoa, aparentemente considerando que o indivíduo cometeu aquele crime do qual é suspeito ou acusado; em terceiro lugar, a simples referência genérica a antecedentes criminais e à eventual periculosidade do

---

<sup>450</sup> Aliás, a ideia de clamor público é absolutamente estranha ao papel contramajoritário exigido do Poder Judiciário. A essência desse poder está completamente afastada de elementos plebiscitários ou de ajustes de opinião pública, sendo de sua função primordial a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, mesmo contra a majoritária opinião contrária.

<sup>451</sup> Sobre a ilegitimidade de tais fundamentos para justificar prisão preventiva para garantia da ordem pública, v. WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2016, p. 371/372; GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 96/97. Segundo CHOUKR, salvo em casos isolados, o STF nunca endossou o fundamento do clamor público para decretos de prisão preventiva. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial. 7 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 757. *Rechaçando o clamor público* e a repercussão nacional como motivos para prisão preventiva, v. (...) PRISÃO PREVENTIVA – EPISÓDIO – REPERCUSSÃO NACIONAL E SENTIMENTO DA SOCIEDADE. Nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade lastreiam a custódia preventiva. (HC 101537, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/10/2011, DJe-216 DIVULG 11-11-2011 PUBLIC 14-11-2011 EMENT VOL-02625-01 PP-00046). *Acolhendo a credibilidade das instituições* como fundamento acolhido no amplo conceito de ordem pública, v. (...) O Juízo de 1º grau apresentou elementos suficientes para a caracterização da garantia da ordem pública, que se faz necessária também em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas. Precedentes: HC nº 82.149/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 13.12.2002; HC nº 82.684/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º.08.2003; HC nº 83.157/MT, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 05.09.2003 e HC nº 80.717/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 05.03.2004.(...) (HC 88476, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 06-11-2006 PP-00050 EMENT VOL-02254-03 PP-00587 RTJ VOL-00202-01 PP-00235).

<sup>452</sup> Em sentido similar, por exemplo, o voto do Min. Cezar Peluso no (HC 88476, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 06-11-2006 PP-00050 EMENT VOL-02254-03 PP-00587 RTJ VOL-00202-01 PP-00235).

<sup>453</sup> Como também acentuado pela CORTE IDH, a perigosidade do acusado para a sociedade, para além de sua abertura semântica, não é isoladamente argumento compatível com a CADH para uma prisão, tendo em conta a ausência de uma finalidade processual (§ 322), de forma que se faz indispensável verificar se existe, no caso concreto, uma finalidade cautelar para a prisão preventiva (§ 323). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Norín Catriman y otros (dirigentes, membros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs Chile**, parágrafo 310. Sentença de mérito, reparações e custas, 29 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020.

agente sem demonstrar no caso concreto o risco ou perigo processual gerado pelo estado de liberdade mal consegue esconder a pretensão assecuratória de defesa social em que se fundamenta e a simultânea carga retributiva de que parte.

Aliás, a presunção de periculosidade nesses casos mais graves que se vem consolidando há anos na jurisprudência ganhou corpo no art. 310, § 2º, do CPP com a redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, que veda a concessão de liberdade a pessoas suspeitas e presas em flagrante em razão do cometimento de determinados crimes,<sup>454</sup> resgatando a outrora sepultada prisão preventiva obrigatória.<sup>455</sup>

Evidentemente, a compreensão aqui expendida para o direito fundamental à presunção de inocência não se compactua com quaisquer modalidades de prisões preventivas automáticas ou obrigatórias, carentes, portanto, da cautelaridade aferível somente em cada caso concreto e por meio de decisão judicial fundamentada. Daí porque, desde já, cumpre sinalizar para a incompatibilidade também do art. 492, I, “e”, CPP, com a redação dada pela mesma Lei n.º 13.964/2019, na parte em que prevê a execução antecipada da pena no Tribunal do Júri, caso a condenação seja igual ou superior a 15 anos de reclusão.<sup>456</sup>

---

<sup>454</sup> Também nesse ponto salta aos olhos a inadvertida e deletéria estratégia da atuação de improviso em matéria de políticas públicas na área de segurança. Enquanto o Congresso Nacional, surfando a onda da simbologia do direito penal, sinaliza para a população com uma medida aparentemente orquestrada em nome da maior segurança aos cidadãos, vedando a concessão de liberdade provisória a quem for preso em flagrante portando arma de uso restrito, apenas alguns meses antes o Presidente da República autorizava por meio de Decreto e o Exército efetivamente regulamentava o acesso de particulares a armas e munições até então de uso restrito das Forças Armadas. A propósito, em números mais fidedignos, de 2019 até julho de 2020, “havia sido exarados onze decretos, uma lei e quinze portarias do Exército que descaracterizaram o Estatuto [do desarmamento], geraram incentivos à disseminação às armas de fogo e munição, e impuseram obstáculos à capacidade de rastreamento de munição utilizada em crimes”. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência 2020**. Brasil. (2020). Brasília: IPEA, 2020, p. 11. Disponível em: <https://ipea.gov.br/atlasviolencia/>. Acesso em 10 out. 2020.

<sup>455</sup> Como já apontado no Cap. II, item 2.2.4, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de diversas tentativas de resgatar a prisão preventiva obrigatória, tanto no art. 21 do Estatuto do Desarmamento, quando no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, como no art. 2º, II, da Lei n.º 8.072/90. A propósito, a prisão obrigatória introduzida na redação original do art. 312 do CPP tinha nítida inspiração fascista e foi revogada em 1967 pela Lei n.º 5.349/67.

<sup>456</sup> Especificamente a temática da execução receberá comentários adiante. Desde logo, vale mencionar que a expressão execução antecipada da pena tem a nossa preferência. Primeiro por dizer efetivamente do que trata: de antecipação do cumprimento da pena, ou seja, dos efeitos finais de um processo ainda inacabado. Em segundo lugar, porque num país em que a CF/88 veda a prisão perpétua, toda prisão é provisória. A distinção será entre prisão cautelar e penal e no segundo caso com a segurança de que será definitiva, ou seja, por um período previsível.

c) o *risco de reiteração delitiva*<sup>457</sup> é outro fundamento normalmente invocado para decretação da prisão preventiva.<sup>458</sup> A rigor, a finalidade foi aposta expressamente no art. 282, I, CPP, com a redação dada pela Lei n.º 12.403/2011. Entretanto, é inegável que a pretensão de evitar a prática de novas infrações penais não tem qualquer cautelaridade processual, o que, aliás, parece decorrer de um certo consenso doutrinário e jurisprudencial.

De fato, não é comum encontrar decisão judicial ou mesmo uma opinião doutrinária que defenda a ideia de que evitar reiteração delitiva do suspeito ou do acusado tenha cautelaridade processual. A rigor, a medida, quando adotada, é ancorada na percepção de necessária garantia da ordem pública, assumindo uma feição de natureza material, de medida de segurança e de defesa social tipicamente alinhada a um estágio embrionário de investigações e de processos penais que no Brasil vem sendo desencadeadas majoritariamente por prisões em flagrante, principalmente no que diz respeito à chamada criminalidade tosca, em claro descompasso com a ideia de cautelaridade que, segundo a concepção aqui manifestada, autoriza, em casos excepcionais, prisões preventivas que estejam alinhadas com a presunção de inocência.<sup>459</sup>

---

<sup>457</sup> Como diz RODRÍGUEZ, a CORTE IDH tem ido mais longe do que o TEDH nessa matéria ao reconhecer como inadmissíveis prisões fundamentadas na necessidade de impedir a reiteração delitiva. A ampla jurisprudência consolidada na CORTE IDH não tem admitido prisões preventivas com caráter material, preventivo geral ou especial, limitando a medida cautelar de privação da liberdade a interesses exclusivamente processuais. O risco de reiteração delitiva como fundamento para prisão preventiva já constava também de uma dura crítica no Informe n.º 35-07 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. RODRÍGUEZ, Javier Llobet. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *Ius. Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla* a.c., núm. 24, 2009, pp. 114-148, p. 133/134. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=134085](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134085). Acesso em: 11 ago. 2020.

<sup>458</sup> No extenso elenco de julgados nessa matéria, citamos, como exemplo: **No Supremo Tribunal Federal, dentre outros:** (HC 150687 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 05-03-2018 PUBLIC 06-03-2018); (HC 144641 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31-01-2018 PUBLIC 01-02-2018); (HC 126505, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 07-02-2018 PUBLIC 08-02-2018). **No Superior Tribunal de Justiça,** por exemplo: (HC 425.573/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018); (HC 419.306/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018); (HC 429.256/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018); (RHC 93.079/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 14/03/2018); (HC 420.638/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018). **No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, exemplificativamente:** (TRF4, HC 5044337-78.2016.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 20/10/2016); (TRF4, HC 5044398-02.2017.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 30/08/2017); (TRF4, HC 5017913-67.2014.4.04.0000, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 04/09/2014).

<sup>459</sup> Curiosamente, a lógica de “que a sanção seguisse os passos do fato” como exigência de uma pronta resposta ao crime cometido fazia parte da gramática judiciária de Roland Freisler, conhecido nazista que Presidiu o temível Tribunal Popular durante o regime nacional-socialista. Dentre as incontáveis estratégias adotadas pelo Regime, segundo RODRÍGUEZ, visando conferir ao modelo processual uma conformidade autoritária e antiliberal própria, estava uma diretriz antiformalista voltada à restrição de direitos dos acusados e à aceleração do processo para atingir condenações rápidas. O autor refere aí um artigo de Roland Freisler intitulado “Como um



O recurso já banalizado a expressões genéricas, que sustentam prognósticos frágeis sobre futuras atitudes criminosas a partir da consideração de antecedentes criminais e de outras circunstâncias que dão margem a uma ampla discricionariedade judicial, concretiza em decisões judiciais um manifesto conteúdo policial, em nome de uma ilusão<sup>460</sup> de segurança pública que encontra no encarceramento como regra algum tipo de solução imaginária para o macrofenômeno da criminalidade<sup>461</sup> – nada, no entanto, tem sido suficiente até o momento para aplacar a criminalidade diária e garantir a ordem pública, apesar do contingente impressionante de presos provisórios no Brasil.<sup>462</sup>

A prisão preventiva para garantia da ordem pública assim é articulada em meio de uma teia de argumentos supostamente fundamentados em elementos extraídos do caso concreto e das evidências do crime e do “provável” criminoso, donde se aponta para a periculosidade do agente e para sua propensão à vida criminosa, e funda-se numa motivação prioritariamente reservada ao juízo de mérito, este sim voltado à fixação, se for o caso, da adequada sanção penal (justa punição) tanto em razão do fato delituoso quanto de circunstâncias pessoais do agente.

A rigor, boa parte de casos normalmente tratados pela jurisprudência como exigentes de uma garantia de ordem pública podem ser tratados em âmbito legal sem o recurso a prisões

---

relâmpago deve a pena alcançar o criminoso”. “Isso se refletia não somente na pretensão de um julgamento imediato, através da redução de prazos para o julgamento, mas também no caráter de pena antecipada de que se deveria dotar a prisão preventiva, desempenhando uma função de tranquilizar o público e de prevenção da reiteração delitiva, o que teve acolhida nas causas de prisão preventiva que se chegou a admitir. RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 331/332. Também é interessante considerar que as prisões obrigatórias estabelecidas pelo CPP de 1941 em sua redação original justificavam-se sobre a gravidade do crime, então representada pela pena abstratamente cominada (igual ou superior a 10 anos).

<sup>460</sup> Um dos problemas apontados por BOVINO diretamente relacionado aos prognósticos sobre ações futuras que pode assumir patamares relativamente altos é justamente a margem de erro, ocasionando indevidas privações de liberdade sem fundamentos sólidos. O autor refuta a possibilidade de utilização de dados estatísticos para projetar comportamentos futuros de investigados e acusados. E traz um exemplo de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos: num estudo com análise clínica de 800 presos, foram selecionados 77 como perigosos, de acordo com critérios predeterminados. Destes, 48 foram postos em liberdade e vigiados por 5 anos. Apenas 9 deles tornaram a cometer crimes perigosos, ou seja, algo em torno de 20%. Caso os 48 tivessem sido mantidos na prisão, ficaria evidente a reduzida taxa de acertos. BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia*. **Ciencias penales**: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, v. 17, n. 23, p. 11-29., nov. 2005. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=63220](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63220). Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>461</sup> Assim se pronuncia GIACOMOLLI sobre a temática do microsistema das cautelares pessoais penais: “Alguns avanços foram dados, nesse sentido, pela Lei n.º 12.403/2011, cuja resistência e restrição em sua aplicabilidade normativa fez emergir, mais uma vez, a genética formativa da crença no encarceramento preventivo, da antecipação da tutela penal material”. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 12.

<sup>462</sup> V. Cap. III, item 3.2, figuras 1 e 2. Trata-se também de um fenômeno explicitamente latino-americano. Os níveis de presos provisórios no continente são altíssimos e têm sido objeto de intensos estudos e de propostas político-criminais que possam incrementar soluções alternativas ao cárcere. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas para reduzir a prisão preventiva**. 2017. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: [https://www.oas.org/pt/Corte IDH/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf](https://www.oas.org/pt/Corte%20IDH/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf). Acesso em 05 mai. 2020.

indevidas. De fato, não se nega a existência de muitos personagens suspeitos ou acusados que aparentemente se pautam por comportamentos ilícitos graves e, sobretudo, violentos.

No entanto, considere-se, por exemplo, que a suspeita de descumprimento de conduta exigida por execução de pena em curso em razão de um suposto novo delito pode ser noticiada ao órgão de execução penal para que adote providências que entender cabíveis. A própria existência de condenações ou de outros processos em curso pode, eventualmente, revelar uma condição de foragido daquele determinado indivíduo.

Outros casos que certamente desencadeiam grandes preocupações por parte de agentes estatais dizem respeito a integrantes de facções criminosas que atuam no ramo de tráfico de armas e de drogas com meios de operação altamente violentos. Em muitas situações desse tipo o nível de violência e de relacionamento entre investigados e processados para com atores envolvidos na investigação ou na condução do processo e, mesmo com testemunhas, peritos e fontes diversas de prova, vai revelar no caso concreto a necessidade de acautelamento processual, inclusive com a prisão preventiva.

Sobram ainda casos rumorosos e que causam repulsa social, como são normalmente crimes sexuais ou do chamado colarinho branco. A necessidade premente de dar respostas rápidas, no entanto, não pode confundir-se com respostas precipitadas. Na feliz expressão de PRADO o processo penal é estruturado num estado geral de incerteza que precisa ser respeitado.<sup>463</sup> E faz parte do processo penal exatamente ser esse defraudador de expectativas (CUNHA MARTINS),<sup>464</sup> geradas, em regra, pela avalanche de informações e de narrativas que disputam espaço na construção do imaginário social e que exerce forte influência na dinâmica da atividade judicial.<sup>465</sup>

Mesmo em casos que assumam essa conotação repulsiva deve-se resistir à tentação da imediatidade, a fim de preservar uma coerência processual que seja, essa sim, capaz de gerar

---

<sup>463</sup> PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 44.

<sup>464</sup> Anotações pessoais em aula do professor Rui CUNHA MARTINS, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.

<sup>465</sup> “Evitar a zona de contágio da evidência é a tarefa epistêmica do processo, que se arma de instrumentos para filtrar a maior parte das pulsões decoradoras das provas, porque é disso que se trata a *evidência*: algo que, ao dispensar a prova, ‘devora’ os procedimentos probatórios, que são substituídos inconscientemente pelas crenças, em aparência imunes às tentativas das partes influenciarem na formação da convicção do juiz. A convicção judicial, situada teórica e idealmente no polo oposto ao da crença, há de ser o objetivo da atividade dos sujeitos durante a persecução penal, fim de que deve ser alcançado e colocado sob proteção da *crença* para evitar que a deflagração do processo esteja estribada em um estado mental imaginário do juiz, que as provas produzidas pelas partes virtualmente não teriam condições de tocar. Quando *crença* e *convicção* não estão em polos opostos, ao revés, estão fundidas e são um só estado mental, o processo deixa de ser necessário como entidade de natureza epistêmica e termina por constituir-se apenas em aparência, uma pantomima, perigosa farsa burlesca muitas vezes facilitada pelo aspecto narrativo dominante no Direito”. PRADO, Geraldo, op. cit. p. 123.

um estágio de segurança social fundado na legítima confiança que os cidadãos têm ou devem ter na jurisdição em geral e na jurisdição criminal em particular, como epíteto da proteção dos direitos fundamentais.

Nada impedirá que nesses casos rumorosos a prisão preventiva se torne necessária, mas isso decorrerá do caso concreto, em que surjam ocasionalmente elementos a apontar para prejuízos concretos à prova por conta da intimidação de testemunhas ou vítima (no caso de crimes sexuais, por exemplo) ou em constrangimento, coação, fraudes em elementos da investigação, em casos de crimes mais complexos. Enfim, da necessidade de acautelar uma investigação ou um processo pode decorrer a necessidade da prisão preventiva.<sup>466</sup>

O comportamento judicial alinhado à perspectiva de presunção de inocência como impeditivo de antecipação de pena e que resiste a decretos de prisão preventiva fundamentados em motivos e finalidades estranhas ao interesse investigatório e processual tem o salutar êxito de potencializar as garantias fundamentais que justificam a existência do processo penal. Tal é o dever judicial.

Em sentido contrário, a aceleração incontrolada da resposta penal é dinamizada por uma variedade de estratégias próprias de uma agenda punitiva criativa que aposta tanto em alternativas distintas de informalização do processo até um acúmulo de perspectivas teóricas que subestimam a importância das garantias fundamentais como proteção frente ao poder punitivo estatal<sup>467</sup> e que são aleatoriamente enxertadas nas práticas de investigação e de processo

---

<sup>466</sup> Sobre esse aspecto, aliás, mencionamos a opinião de DELMANTO JR, aparentemente próxima a exposta aqui: “ Todavia, a perturbação da ordem pública pode, em casos extremos, eventualmente vir a *tumultuar o bom andamento da persecução penal*, seja na fase do inquérito ou do processo, uma vez que, em casos como os narrados nos precedentes acima, em que se somam três fatores, quais sejam a) gravidade do crime + b) antecedentes do agente + c) *modus operandi* com grande carga de violência, como o emprego de explosivos, armamento pesado ou requintes de crueldade, e por vezes com ameaça às autoridades constituídas como tem ocorrido com crimes envolvendo facções criminosas no Brasil, é perfeitamente factível que, em razão dessas *circunstâncias concretas*, vítimas, testemunhas, e até agentes públicos venham a se sentir amedrontados, *prejudicando-se, assim, a própria instrução criminal*”. Essa perturbação atingiria, então, a própria regularidade dos atos dessa persecução: interrogatório, oitiva de testemunhas, reconstituição, acareações etc...encontrando-se aí a *cautelaridade processual*, constitucionalmente exigida. DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso em 03 out. 2020. (grifos no original)

<sup>467</sup> Considere-se no Brasil a ascensão, nos últimos anos, de inúmeras propostas teóricas, em geral incorporadas a uma corrente do chamado garantismo penal integral, que sugerem uma releitura muito própria da teoria do garantismo penal, afirmando que a tradicional postura doutrinária que busca em FERRAJOLI suplementos teóricos para um direito penal e processual penal com fortes limites ao poder punitivo e com o fortalecimento dos direitos fundamentais representava apenas uma parcela hiperdimensionada da teoria formulada pelo autor italiano. Daí a alcunha criada por FISCHER, o garantismo hiperbólico monocular, que simboliza a perspectiva míope que valoriza de forma exagerada apenas um lado da moeda, os direitos individuais. Como resposta, o garantismo penal integral propõe novas formulações que, em síntese, buscam no (quase) sempre inarticulado critério de proporcionalidade a medida exata de relativização de direitos fundamentais em nome de um preponderante interesse público a segurança pública. Dentre outros, v. FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo.

para garantir uma eficácia de natureza policial precipitada diante da regular expectativa de morosidade na tramitação de milhares de procedimentos que se avolumam em delegacias, nos cartórios e nos gabinetes judiciais, por conta de opções político-criminais quiçá mal sucedidas.

Em síntese, essa prisão preventiva para garantia da ordem pública ordinariamente utilizada em casos de flagrantes ou de crimes de natureza mais grave aproxima-se daquilo que FARRAJOLI chamava de verdadeira eficiência do sistema penal moderno, em que as prisões preventivas acabam por revelar um resultado prático mais concreto do que a própria pena, diante do sentimento de justiça da opinião pública(da).<sup>468</sup>

Por fim, deixamos em perspectiva uma possível leitura da prisão preventiva para interromper uma cadeia delitiva ou desarticular célula criminosa (associação ou organização criminosa) que em situações muito excepcionais guardariam alguma conexão com cautelaridade investigativa, sobretudo. Principalmente em razão do ferramental tecnológico hoje disponível aos setores de investigação é possível avaliar em determinados contextos a existência de cadeias delitivas permanentes ou continuadas que aparentemente poderiam interferir diretamente no objeto de investigação (número de crimes, tempo de permanência, locais e períodos de delitos continuados, quantidade de vítimas e de testemunhas, dentre outros elementos). Em casos desse jaez, e se a hipótese aqui aventada efetivamente preservar um interesse de acautelamento da higidez e da efetividade da investigação, a prisão preventiva poderá ser decretada sem que funcione como uma nítida e isolada antecipação de pena.

Em geral, as críticas apresentadas acima são em boa parte aplicáveis à pretensão aparentemente ingênua de garantir a ordem econômica com a prisão preventiva de alguém. São similares sobretudo no sentido de que, sob uma expressão de caráter bastante genérico disposta em lei, acomodam-se proposições diversificadas que conduzem para dentro das investigações e do processo preocupações de ordem econômica e política que pouco ou nada tem a ver com o objeto do processo – portanto, objetivos extraprocessuais.<sup>469</sup>

Nesse contexto as ponderações antes mencionadas de LOPES JR e GIACOMOLLI são bastante certas ao revelar primeiro uma inconsistência na ideia de que alguém possa colocar em risco a ordem econômica de um município, de um estado ou de um país e em segundo lugar

---

**Garantismo Penal Integral:** Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>468</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 516.

<sup>469</sup> No sentido de que a ordem econômica, inserida numa escala de valores constitucionais, não poderia justificar a privação da liberdade, v. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Acesso 18 ago. 2020.

que esse risco possa ser superado com a simples prisão preventiva ou mesmo com o direito penal.<sup>470</sup>

Em resumo: a presunção de inocência é um critério delimitador das prisões preventivas e exige, no mínimo: a) que as prisões preventivas tenham finalidade exclusivamente processual, (instrumental) sendo inadmissíveis quaisquer pretensões de prevenção geral ou especial, positiva ou negativa, bem como retributiva; b) nenhuma prisão preventiva pode ser decretada ou mantida na ausência de elementos concretos que apontem para o perigo processual gerado pelo estado de liberdade do sujeito; c) nenhuma prisão preventiva deve ser decretada quando sua função de privação da liberdade extrapolar os limites e os efeitos indispensáveis à neutralização do perigo gerado pelo sujeito, ou quando a prisão for inapta a neutralizar essa situação de perigo.

### 3.1.2 Os antecedentes criminais e a reincidência para decretos de prisão preventiva

A consideração de eventuais antecedentes criminais na vida de um suspeito ou acusado gera repercussões distintas no âmbito penal. Em particular no tópico da prisão preventiva, o resultado da análise das certidões de antecedentes pode implicar no decreto independentemente de tratar de maus antecedentes ou da figura da reincidência (art. 64. I, CP), ainda que nem sempre o efeito seja coincidente.

Os antecedentes criminais (inquéritos e processos em andamento ou arquivados), a par de não servirem legitimamente para agravar a pena-base (Súmula STJ 444), servem, no entanto, como vimos acima, para fundamentar decretos de prisão preventiva para garantia da ordem pública.<sup>471</sup> Em regra, buscam-se nessas certidões fundamentos para afirmar na decisão judicial que o suspeito ou acusado tem uma inclinação para a prática de crimes, uma vida voltada à

---

<sup>470</sup> Não deixa de causar certa perplexidade, aliás, que essa entidade hoje erigida ao posto mais alto da hierarquia social, o “mercado”, tem um funcionamento tão exótico que as flutuações incontroláveis e permanentes do preço de papéis e da dinâmica diária de negociações, com impactos superdimensionados na vida popular em razão das exigências impostas aos organismos públicos, pode se revelar mais reagente à prisão preventiva de um certo “player” e “perturbadora da ordem econômica” do que a eventual manutenção da liberdade do sujeito. Tal é o grau de generalidades e incertezas que cerca essa área, não sendo possível, ao que parece, resumir toda a complexidade do fenômeno à prisão preventiva como garantia de ordem e na crença de que tudo voltará para os seus devidos lugares.

<sup>471</sup> Em julgamento concluído no Plenário Virtual entre os dias 07-08-2020 a 17-08-2020, o STF, por maioria, decidiu que é compatível com a CF/88 a consideração de maus antecedentes (assim considerados as condenações penais transitadas em julgado), não estando sujeito ao prazo previsto no art. 64, I, CP e, segundo o Min. Roberto Barroso, são aptos a serem considerados na primeira fase da dosimetria da pena. Conferir RE 593818, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-277 DIVULG 20-11-2020 PUBLIC 23-11-2020.

delinquência e outras tantas expressões corriqueiras que reconhecem como necessária uma medida extrema para evitar o risco de reiteração delitiva e para neutralizar a periculosidade do agente.

Quanto à reincidência o art. 313, II, CPP autoriza a prisão preventiva quando haja condenação anterior por crime doloso (se há necessidade de reincidência específica aqui não vem ao caso). Ao que parece, essa previsão específica tem a pretensão de dispensar o patamar de pena abstrata de 4 anos previsto no art. 313, I, para decretação da cautelar. Se não for para dispensa do mencionado patamar, o preceito em análise teria efeito insignificante.

No entanto, como foi afirmado anteriormente, a inocência tem uma estatura jurídica que se preserva incólume até que uma sentença ou acórdão penal condenatório transitado em julgado atinja parcialmente a área protegida por esse direito-garantia fundamental. Assim, a presunção de inocência cede espaço nos limites da condenação (fato e autoria) para que se execute uma pena legalmente estabelecida e, portanto, previsível, inclusive quanto aos efeitos secundários.

Tal como utilizada na legislação apontada e na jurisprudência dominante, os antecedentes e a reincidência são indevidamente utilizados para agravar a situação de suspeita ou de acusação que recai sobre o indivíduo, projetando-se nele como fardo do qual não poderá se livrar e justificando-se, à revelia da comprovação do fato e da autoria, medidas de privação da liberdade. Nos casos em que não há reincidência é ainda pior porque se multiplicam as presunções (sobre os fatos passados e o presente) em prejuízo da pessoa afetada.

Em todo caso, diante da acolhida da matéria em legislação, jurisprudência e doutrina,<sup>472</sup> é pelo menos recomendável que a prisão em razão da condição de reincidente respeite as exigências impostas pelo art. 312, CPP, no que diz respeito ao *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, sob pena de travestir-se em antecipação de tutela penal por simples automaticidade decorrente da condição de reincidente.

---

<sup>472</sup> Segundo RANGEL, o instituto da reincidência viola explicitamente o art. 8º, 4, da CADH quando aplicado para aumentar a pena-base por constituir uma dupla punição. No entanto, o autor admite a utilização do critério para fins de prisão preventiva. Do que foi possível extrair de seus argumentos, trata-se aí de uma distinção entre aquilo que é uma dupla punição (majoração da pena) e aquilo que configura tão só uma diferenciação de tratamento de réus primários e reincidentes, como, por exemplo, cumprimento de pena em regime mais severo, patamares específicos para progressão de regime, dentre outros. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 833 e ss.

### 3.1.3 A prisão para identificação criminal e para garantir a execução das medidas protetivas de urgência

O art. 313, § 1º, CPP, estabelece a possibilidade de prisão para identificação criminal daquele sobre o qual recaia dúvida a respeito da identidade civil ou quando a pessoa não forneça os elementos suficientes para esclarecê-la. A preocupação inicial a nosso ver diz respeito com o necessário cuidado para que não se transforme a medida em “detenção para averiguação”. A necessidade de uma decisão judicial deve funcionar como uma barreira a essa possibilidade.

Em segundo lugar parece mais seguro que as expressões “dúvida sobre a identidade civil da pessoa” e “quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la” sejam entendidas como locuções aditivas e não alternativas.

E ainda por fim e na linha do que anteriormente foi afirmado uma importante projeção da presunção de inocência diz respeito à necessidade de fundamentação do cenário de suspeita que recai sobre determinada pessoa. Ausente qualquer suspeita e necessidade cautelar, não se mostrará possível uma prisão que, sob denominação de preventiva, nada previne.

Em casos nos quais há envolvimento de estelionatário habilidoso, por exemplo, com quantidade significativa de documentos de identidade falsificados, a medida pode revelar-se adequada para evitar acusações contra pessoas erradas.

Especificamente no que diz com o art. 313, III, a prisão preventiva novamente se aproxima das finalidades materiais de prevenção próprias da pena ao referir a necessidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência quando isso tenha a ver com evitar novas infrações. A rigor, se há necessidade imediata da prisão ocorre aqui a insuficiência das medidas cautelares a exemplo do que prevê o art. 282, § 6º, CPP. Se a prisão fora decretada por conta do descumprimento de medidas cautelares haverá a prisão como caráter sancionatório prevista no art. 282, § 4º, CPP.

No entanto, a prisão preventiva com base neste preceito legal poderá eventualmente alinhar-se com a presunção de inocência quando a privação da liberdade decorra do perigo gerado à higidez e à efetividade do inquérito ou do processo penal em razão de atingir fontes de prova (pessoas e coisas) dos crimes em suspeita, por exemplo.

As medidas de segurança das pessoas vítimas de crimes em ambiente doméstico, assim como em geral em todos demais crimes, continuam como atribuição estatal (art. 144, CF), mas não realizáveis de forma legítima com a prisão preventiva durante o processo penal. Em síntese, sob a ótica da presunção de inocência que impede antecipação de pena, a legitimidade da prisão

preventiva estará umbilicalmente ligada à legitimidade da medida cautelar previamente decretada ou dispensada por insuficiente.

### 3.1.4 Sobre o problema dos limites de prazos das prisões preventivas e propostas de conformação em face da presunção de inocência

Neste tópico a questão que se conecta de forma direta com a presunção de inocência é se o excesso no prazo da prisão a torna ilegítima e a transforma numa antecipação de pena ao invés de servir como uma cautela à investigação ou ao processo.

A legislação brasileira não prevê um limite máximo de duração da prisão preventiva,<sup>473</sup> ainda que muito recentemente tenha acolhido uma crítica corrente da doutrina acerca da necessidade de revisão periódica<sup>474</sup> obrigatória sobre a legalidade da prisão, agora prevista no art. 316, parágrafo único, CPP, com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019.<sup>475</sup>

A revisão periódica traz em si uma expectativa de possível controle, mesmo que insuficiente, a respeito da legalidade das prisões que se prolongam no tempo. Assim, o exame a cada 90 dias determinado pela lei cria a obrigatoriedade de que uma decisão judicial tenha que aferir a real situação do caso concreto e verificar se permanece algum perigo processual gerado pelo estado de liberdade do suspeito ou do acusado.

---

<sup>473</sup> O projeto de CPP que tramita no Congresso Nacional desde 2009 traz inovações importantes na matéria, ao estabelecer prazo máximo de 30 dias de duração da preventiva durante o inquérito policial, findo o qual deve ser imediatamente revogada (arts. 14, § único c/c art. 31, §§ 3º e 4º). No art. 559, § 2º, fixa um prazo máximo de 4 anos para a prisão preventiva no curso do processo. Em todo caso, as prisões durante o processo seriam orientadas por prazos específicos de acordo com cada etapa processual (art. 558). Primeiro, os prazos são fixados a partir de momentos em que decretada a medida: Até a sentença condenatória, o prazo máximo, em regra, de 180 dias; após a sentença, até 360 dias. Mas há hipóteses de aumento e de prorrogação: No caso de júri, são 180 dias até a decisão de pronúncia e outros 180 dias até a sentença condenatória. E mais: caso o réu recorra por meio de REsp e RE o prazo de 360 dias será acrescido de outros 180 dias, ou seja, o simples fato de exercer um direito (de recurso), permite que se fique preso por mais tempo. A todos os prazos previstos no art. 558, acrescentam-se mais 60 dias, caso o crime tenha pena máxima igual ou superior a 12 anos. Chama atenção, aliás, que o juiz pode decretar a medida com prazo certo, conforme art. 561 do Projeto.

<sup>474</sup> Perspectiva admitida em algumas decisões judiciais anteriores à determinação legal. Nesse sentido, por exemplo, v. “(...) 3. Os fundamentos da prisão cautelar, considerada a excepcionalidade dessa medida, devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado, em evidente afronta ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil(...)” (HC 98233, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-03 PP-00488 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 422-428).

<sup>475</sup> A Lei 13.964/19 introduziu no CPP o art. 3º-B, §2º, de onde se retira um prazo máximo para prisão preventiva durante o inquérito policial, tendo em vista que em caso de investigado preso, o inquérito só poderia ser prorrogado por uma única vez, por 15 dias, a partir do qual, se não concluída a investigação, a prisão deveria ser relaxada. Mas este prazo, para além de não aplicável ao processo penal, ainda está suspenso em razão de medida cautelar nas várias ADIs ajuizadas contra as reformas introduzidas pela Lei, dentre elas as ADIs 6298, 6299, 6300.



No entanto, mesmo a revisão periódica, numa realidade como a brasileira, pode não dar conta de superar o problema das prisões preventivas ilegais. Isso porque na prática se constata que, por exemplo, as prisões para conveniência da instrução criminal podem se arrastar por anos sob argumento de que a fase de instrução ainda não está encerrada e o réu é uma ameaça para o processo ou o processo é muito complexo.<sup>476</sup>

Ademais, no caso das prisões para garantia da ordem pública essa revisão pode ser meramente protocolar, posto que, fundamentada em razões de segurança social e não processual, a manutenção da prisão é facilitada pelo recurso sistemático a expressões genéricas e hiperbólicas sobre o perigo causado pela liberdade do réu à sociedade.

Em acréscimo aos dois fatores acima apontados se pode enunciar ainda um comportamento que se começa a constatar no STJ e no STF em claro desprestígio da novidade legislativa incorporada ao ordenamento pela Lei n.º 13.964/19. A despeito da clareza da redação legal, sancionando com ilegalidade a ausência de revisão e motivação da decisão que mantém a medida cautelar, inúmeras decisões dos Tribunais Superiores contornam o dispositivo legal,<sup>477</sup> sem um necessário controle de constitucionalidade que permitiria, se fosse o caso, afastar a aplicação do preceito legal.<sup>478</sup>

A propósito, um caso emblemático sobre a revisão periódica imposta pela inovação legislativa mencionada ganhou notoriedade por envolver indivíduo reconhecido como um dos líderes da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC). Isso porque obteve liminar no HC n.º 191.836-MC/SP, concedida por MARCO AURÉLIO em 06-10-20, reconhecendo o

---

<sup>476</sup> O que, aliás, suscita outras ponderações. Por exemplo, se a liberdade do réu oferecia risco à instrução criminal e passados 6 ou 7 anos com o indivíduo preso sem que a instrução tenha sido encerrada, ainda seria possível justificar esse risco? Ora, se ele esteve preso todo esse tempo e nem por isso se chegou à conclusão do processo e a uma sentença judicial seria mesmo a liberdade do réu que estava a oferecer risco ao resultado do processo?

<sup>477</sup> No HC 178.897/MT, o Min. Marco Aurélio implementou liminarmente a ordem, reconhecendo violação ao art. 316, § único em caso de prisão preventiva de um ano e 4 meses, sem decisão de revisão e prorrogação. No mérito, o Tribunal, sob liderança de Alexandre de Moraes, entendeu incabível a superação da súmula 691, não encontrando ilegalidade manifesta no caso e cassou a ordem concedida. Situação similar ocorreu no HC 178.596/PR, também de relatoria do Min. Marco Aurélio, em que houve a concessão de liminar, mas não confirmada pela Primeira Turma. No STJ também se colhem manifestações jurisprudenciais que descumprem a legislação, sob argumento de que os prazos processuais devem ser analisados de forma global, ao ponto de que eventual excesso de prazo decorrerá de um exame de razoabilidade e proporcionalidade. Conferir, dentre outros: (AgRg no HC 588.513/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 04/08/2020); (AgRg no HC 580.323/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020); (AgRg no HC 579.125/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 16/06/2020).

<sup>478</sup> Na linha de STRECK, são seis as hipóteses que permitem a não aplicação de uma lei: Quando a lei for inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado ou afastamento de sua aplicação no controle difuso); a nulidade parcial com *ou* sem redução de texto; resolução de antinomias; conflito entre uma regra e um princípio; interpretação conforme a Constituição. Fora dessas hipóteses, diz o autor, é muito provável que a decisão seja arbitrária e destoante dos princípios do Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 347/348.

excesso de prazo da prisão preventiva em razão da ausência de decisão judicial que justificasse a manutenção da medida cautelar no prazo de 90 dias – a última decisão judicial que manteve a prisão ocorrera em 25-06-20, por ocasião do julgamento da apelação.<sup>479</sup>

Num movimento inusitado a Procuradoria-Geral da República protocolou no dia 10-10-20 um Pedido de Suspensão Liminar à Presidência do STF (SL 1395) que, em regime de plantão e em decisão no mesmo dia, cassou a liminar deferida pelo relator do HC. O caso foi pautado para análise do Plenário da Corte e contou com maioria no sentido de confirmar a decisão da Presidência que suspendeu a anterior concessão de liberdade obtida pelo paciente.<sup>480</sup> Ademais, o Plenário entendeu conveniente fixar a seguinte tese no julgamento concluído no dia 15-10-20: “A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”.<sup>481</sup>

Partindo desses problemas, sugere-se como hipótese que a presunção de inocência não é compatível com prisões preventivas por tempo indeterminado, sem prazo máximo. Esse tipo de medida adotada pelo Estado tende a distorcer a finalidade da prisão com caráter processual em razão da ineficácia administrativa e judicial na tramitação dos inquéritos e processos, atribuindo aos suspeitos e acusados um ônus decorrente da muitas vezes precária estrutura disponível pelos órgãos policiais e mesmo judiciais.

Diante das dificuldades de se chegar ao fim da investigação ou do processo (em violação a outro direito fundamental, qual a seja a duração razoável do processo), as agências estatais negligenciam a liberdade e o direito à presunção de inocência, buscando, como já se disse, na prisão preventiva, ainda que ilegal, a satisfação momentânea e imaginária do desejo de segurança e da realização da “justiça”. Não bastasse isso, posteriormente refutam pedidos de liberdade ao argumento de que a morosidade do caso não pode ser atribuída exclusivamente à

---

<sup>479</sup> Em sessão virtual realizada no dia 13-11-20, a Primeira Turma do STF indeferiu a ordem requerida pelo impetrante, cassando a liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. HC 191.836, Rel. Marco Aurélio, Red p/ acórdão Alexandre de Moraes, 1T, j. 13-11-20.

<sup>480</sup> No STJ, o paciente não havia obtido o reconhecimento do excesso de prazo no HC n.º 591.759/SP. Na decisão que indeferiu a liminar em 01-07-20, o relator SCHIETTI CRUZ asseverou, com base em posição consolidada na Corte, que os prazos legais devem ser analisados a partir da proporcionalidade e da razoabilidade, não se limitando a uma mera soma aritmética. Advertiu ainda que o paciente já ostentava duas condenações por crimes de tráfico de drogas e não reconheceu ilegalidade que justificasse a soltura imediata. Nessa decisão não há menção nem análise expressa do art. 316, § único, do CPP, com a novel redação. Brasil. **Habeas Corpus n.º 591.759**. Paciente: André Oliveira Macedo. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Rel. Rogério Schiatti Cruz. Decisão monocrática. Brasília, 1º jul. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001523319&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 15 out. 2020.

<sup>481</sup> O acórdão foi publicado em 04-02-21, (SL 1395 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021).

inércia do Estado – casos em que frequentemente ocorre outra violência, dessa vez ao direito de defesa que “atrasa” a tramitação com seus recursos “protelatórios”.

Assim, o estabelecimento de um limite máximo para duração das prisões preventivas terá o êxito de impedir que a prisão se arraste por anos em total desrespeito à liberdade do indivíduo afetado. Essa medida somada a uma efetiva revisão periódica das preventivas pode ser um grande avanço para o controle das ilegalidades praticadas nesse campo das cautelares. De outro lado, pode minimizar os danos causados nas eventuais revisões periódicas puramente protocolares.

A duração razoável da prisão tem sido objeto de sugestões doutrinárias, julgamentos nos Tribunais Superiores e mesmo de decisões da CORTE IDH e do TEDH que constituem importantes vetores para consideração. Passamos a expor algumas dessas contribuições.

Colhem-se na jurisprudência da CORTE IDH formas de controle do prazo<sup>482</sup> da prisão necessárias à preservação da garantia à presunção de inocência estabelecida no art. 8, 2, CADH. Uma delas diz respeito ao controle periódico sobre a legitimidade da medida justamente com o dever de apontar a “falta de razões que motivaram a adoção da medida cautelar”. Ou seja, “o juiz não tem de esperar até o momento de proferir a sentença absolutória para que uma pessoa detida recupere a liberdade, mas deve avaliar periodicamente se as causas, a necessidade e a proporcionalidade da medida se mantêm”, avaliando se o prazo da medida extrapolou os limites legais e da razão.<sup>483</sup>

Com efeito, a CORTE IDH assentou nesse mesmo caso Bayarri que superado o prazo limite de prisão preventiva previsto na legislação interna, o suspeito ou acusado deveria ser colocado em liberdade, deixando que se extraia daí uma outra importante premissa: embora a CADH não determine um prazo máximo de prisão, exigindo no entanto que seja razoável, entende-se que aqueles Estados que optarem por fixar esses limites devem obediência a ele, sob

---

<sup>482</sup> A jurisprudência da CORTE IDH faz uma distinção entre o que seria o prazo razoável da prisão, previsto no art. 7.5 e o prazo razoável do processo do art. 8.1 e sugere que a razoabilidade da prisão tende a ter critérios que reduzem o tempo que se admite como possível. De qualquer forma, em Suarez Rosero vs. Ecuador a CORTE IDH entendeu violado o art. 7.5 porque a pessoa ficara presa preventivamente por mais tempo que o previsto para a pena máxima do delito. Também se reconheceu o excesso de prazo do juízo, ainda que sem maiores argumentações. HERNÁNDEZ, Jesús María Casal. Derecho a la libertad personal. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 247 e ss. Em relação a duração razoável do procedimento penal, a CORTE IDH já afirmou, com base em jurisprudência do TEDH, que são critérios para análise: complexidade do assunto; atividade processual do interessado; conduta das autoridades judiciais. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Suárez Rosero vs Ecuador**, parágrafo 77. Sentença de mérito, 12 de novembro de 1997 (parágrafo 72). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>483</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Bayarri vs Argentina**. Sentença de mérito, reparações e custas e exceções preliminares, 30 de outubro de 2008 (parágrafos 74 a 76). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf). Acesso em 27 jun 2020.

pena de violação do direito à liberdade da pessoa afetada, consistindo assim em mais uma forma de controlar o excesso do tempo de privação da liberdade. O excesso de prazo da prisão preventiva viola a garantia do art. 8, 2, da CADH (§ 110)<sup>484</sup> e como advertido pela CORTE IDH cabe aos Estados tanto na legislação quanto na sua aplicação respeitar a excepcionalidade da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência durante todo o procedimento.<sup>485</sup>

É importante mencionar que ao exigir o respeito a um limite razoável da permanência do indivíduo em prisão preventiva, a CORTE IDH não assume uma postura de indiferença em relação às eventuais necessidades de acautelamento do processo. Contudo, adverte que, caso ainda necessário o acautelamento e extrapolado o limite razoável, o Estado deverá recorrer a outras medidas que tenham o condão de garantir o comparecimento da pessoa ao julgamento,<sup>486</sup> afastando-se a prisão.<sup>487</sup>

Por sua vez, um dos Princípios de boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas, consolidados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Resolução n.º 01/2008, sugere como critérios para aferição do prazo razoável: a complexidade do caso; a atividade processual do interessado; e a conduta das autoridades judiciais (Princípio V, devido processo legal).

O TEDH, ainda que não tenha definido um prazo máximo de duração da prisão preventiva, consignou em alguns casos que a manutenção da privação da liberdade deve pautar-se por determinados critérios, quais sejam, a persistência da condição de *suspeita* que recai

---

<sup>484</sup> Ainda no sentido de que a privação da liberdade por período excessivo traduz uma indevida antecipação de pena e, portanto, violação do princípio da presunção de inocência, v. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Suárez Rosero vs Equador**, parágrafo 77. Sentença de mérito, 12 de novembro de 1997 (parágrafos 76, 77). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>485</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. **López Álvarez vs. Honduras**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm., 141, párrafos 142. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf). Acesso 21 ago. 2020.

<sup>486</sup> Com efeito, a CORTE IDH tem sua própria interpretação acerca do dever de comparecimento do acusado perante o juízo: “ 134. (...) *Como se observa, la misma prisión preventiva, que sólo puede ser admitida excepcionalmente, tiene entre uno de sus fines más importantes asegurar la comparecencia del imputado en juicio, de forma a garantizar la jurisdicción penal y contribuye a combatir la impunidad. Asimismo, constituye una garantía para la ejecución del proceso. Además, Venezuela establece convencionalmente la prohibición de juicio en ausencia*”. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Brewer Carías vs Venezuela**. Excepciones preliminares, 26 de mayo de 2014, Serie C, número 278. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_278\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf). Acesso em 21 ago. 2020. Entretanto, o dever de comparecimento ao juízo, no Brasil, precisa ser conciliado com o direito de não se autoincriminar, de onde também se extrai a prerrogativa de optar por comparecer ou não ao juízo, desde que, devidamente citado, o acusado opte por fazer sua defesa sem a presença física. Isso, entretanto, não se confunde com a fuga, circunstância que pode desencadear a decretação de prisão preventiva ou mesmo a utilização de medidas cautelares alternativas que se mostrem aptas a evitar a evasão.

<sup>487</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Barreto Leiva vs Venezuela**. Sentença de mérito, reparações e custas, 17 de novembro de 2009 (parágrafos 119 a 121). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>. Acesso em 27 jun 2020.

sobre a pessoa afetada, além de outros motivos *relevantes* e *suficientes* que justifiquem a manutenção da prisão e, por fim, que as autoridades estatais tenham realizado *diligências específicas* no caso concreto durante os procedimentos investigatórios ou processuais.<sup>488</sup> A Corte entende que cabe aos Estados conformar as regras substantivas e processuais internas, mas que qualquer privação da liberdade deve estar de acordo com art. 5 da Convenção Europeia, para proteger os cidadãos de arbitrariedades.<sup>489</sup>

No STJ tem-se comumente advertido que o excesso de prazo da prisão preventiva deve ser analisado a partir de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade,<sup>490</sup> não sendo admissível a mera soma aritmética dos prazos processuais que devem ser vistos de maneira global diante das circunstâncias do caso concreto.<sup>491</sup>

A rigor, não parece que esse tipo de decisão judicial diga muita coisa. É difícil extrair daí algum tipo de princípio aplicável ao tema. A aplicação generalizada dos dogmas da razoabilidade e da proporcionalidade para resolver todos os tipos de problemas judiciários cria

---

<sup>488</sup> Cour Européenne des Droits de L’Homme. **Affaire Gutsanovi v. Bulgarie** (Requête n.º 34529/10 Arrêt), § 162. Disponível em: <https://bit.ly/3qwE5SD>. Acesso 22 ago. 2020; European Court of Human Rights. **Case of Danov v. Bulgaria** (Application n.º 56796/00 judgment), § 81. Disponível em: <https://bit.ly/2VKhbJq>. Acesso 22 ago. 2020.

<sup>489</sup> European Court of Human Rights. **Case of Danov v. Bulgaria** (Application n.º 56796/00 judgment), § 63. Disponível em: <https://bit.ly/2VKhbJq>. Acesso 22 ago. 2020.

<sup>490</sup> Para os fins aqui visados não há necessidade de adentrar em maiores discussões acerca das distinções terminológicas entre as duas expressões e quais seriam as repercussões da distinção de estrutura e de origem ou se tecnicamente são princípios, regras, preceitos, etc. Há uma ampla aceitação da proporcionalidade no direito brasileiro, que se resume, em síntese e na opinião majoritária, pelo conceito oferecido por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados com sub-regras da regra da proporcionalidade”. Em relação às sub-regras, afirma que o teste de adequação deve levar em conta as medidas que sejam capazes de fomentar ou promover a realização de um objetivo, ainda que se não o alcance; o exame de necessidade é um exame comparativo entre as medidas disponíveis ao Estado para promover ou fomentar um determinado objetivo. Deve-se sempre optar pela medida que restrinja menos o direito ou os direitos das pessoas atingidas pelo ato estatal, desde que apto a atingir ou promover que se atinja em igual medida o objetivo. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. A razoabilidade, por sua vez, está mais circunscrita a um exame de compatibilidade entre meios e fins, similar à sub-regra da adequação. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo/SP, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, pp. 2, 7 e ss. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>491</sup> (HC 578.901/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 04/08/2020).

constantes embaraços a qualquer tipo de controle externo aos abusos que se proliferam na prática forense.<sup>492</sup>

No STF, em geral, tem se analisado o eventual excesso de prazo da prisão preventiva a partir de alguns critérios com os quais seria possível verificar as razões justificáveis que retardam a marcha processual, a saber: número de réus, quantidade de testemunhas a serem inquiridas, necessidade de expedição de cartas precatórias, natureza e a complexidade dos delitos imputados, assim como a atuação das partes. Ou seja, trata-se de uma análise casuística, suscetível à discricionariedade judicial que, como revelam os critérios eleitos, subordina o direito fundamental à liberdade a contingências que pouco ou nada dizem do comportamento da própria pessoa afetada.<sup>493</sup>

Na doutrina nacional LOPES JR reconhece na indeterminação gerada pela falta de prazo máximo um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro. Adverte que a jurisprudência tentou, sem grande sucesso, construir limites por meio de análise global dos prazos processuais ou mesmo com análise dos prazos de forma isolada. No entanto, a ausência de sanção para o descumprimento dos prazos causa um grande risco de ineficácia.<sup>494</sup>

PACELLI também aponta as construções jurisprudenciais que se formaram ora em torno de uma visão global dos prazos processuais até a finalização do processo penal no rito ordinário, ora com manifestações a respeito da observância do somatório dos prazos até o encerramento da instrução criminal, razão que levou, inclusive, à edição das Súmulas 21 e 52 do STJ.<sup>495</sup> Em

---

<sup>492</sup> Aliás, como adverte CRUZ, essa estratégia da soma dos prazos de atos processuais para análise do período máximo de prisão “gera incertezas e dificuldades na definição desses prazos, os quais, ressalte-se, usualmente são excedidos, com a tolerância de juízes e tribunais, inclusive os superiores, com amparo em juízo de razoabilidade, tendo em mira os critérios já declinados” [os critérios apontados pelo autor são tanto a soma parcial do prazo dos atos, quanto aqueles fornecidos pela jurisprudência do TEDH]. CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 147.

<sup>493</sup> Sobre excesso de prazo como fundamento para análise da (i)legalidade na manutenção de prisão preventiva, no STF, dentre outros, v. (HC 186116 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-08-2020 PUBLIC 18-08-2020; (HC 186487 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020; HC 138736 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 6/9/2017; HC 138.987-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 7/3/2017; RHC 124.796-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 24/8/2016; HC 135.324, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 6/12/2016; HC 125.144-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 28/6/2016).

<sup>494</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 642.

<sup>495</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. **Diário da Justiça**: Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: SumulasSTJ.pdf. Acesso em 21 fev. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. **Diário da Justiça**: Brasília, 24 set. 1992. Disponível em: SumulasSTJ.pdf. Acesso em 21 fev. 2021. Sobre a violência do entendimento sufragado em ambas as Súmulas ao princípio da duração razoável do processo, v. LOPES JR, Aury, op. cit., p. 642.

sua opinião, o prazo razoável da prisão preventiva deve pautar-se pelo prazo global de 86 dias (ou 107 dias na Justiça Federal) que o autor contabiliza desde a abertura do inquérito policial até o encerramento da instrução criminal no rito ordinário, admitindo ajustes na conta conforme alteração dos ritos ou em razão da complexidade da instrução ou mesmo da pluralidade de réus. Chega a afirmar como ponderável a alegação de que o descumprimento de qualquer dos prazos isoladamente caracterizaria o excesso de prazo, mas adverte que a posição majoritária segue em direção contrária.<sup>496</sup>

O autor apresenta uma posição aparentemente rígida em relação à contagem do prazo para a prática dos atos processuais, mas a nosso ver abre margem para decisionismos quando admite em situações excepcionais “uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância”.<sup>497</sup>

Para NICOLITT seria plausível utilizar-se como limite máximo de manutenção de uma prisão preventiva no primeiro grau o prazo de 120 dias previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 12.850/13, admitindo-se, excepcionalmente, uma prorrogação por igual período totalizando 240 dias. O argumento do autor é de que a própria lei adverte para a necessidade de que a instrução criminal de processos que envolvam crime de organização criminosa seja encerrada num prazo razoável, tendo fixado os limites mencionados. Portanto, se para os casos complexos como esse tipo de processo a lei estabelece um prazo, ele deve orientar a fixação de limites para todos os demais procedimentos.<sup>498</sup>

Continua o autor propondo agregar novos prazos em hipóteses de recurso, conforme o caso. Assim, no recurso em sentido estrito (68 dias),<sup>499</sup> no recurso de apelação (108 dias),<sup>500</sup> de

---

<sup>496</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 564/567.

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 567.

<sup>498</sup> NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: Prisão e demais medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://bit.ly/34uwmdv>. Acesso 29 ago. 2020

<sup>499</sup> “Nas hipóteses de recurso deve-se agregar ao cálculo a duração ideal, conforme o caso. Assim, temos para o recurso em sentido estrito o seguinte: 10 dias para o traslado (arts. 587, parágrafo único c/c 590, ambos do CPP), quatro dias para as razões e contrarrazões (art. 588 do CPP), quatro dias para o juízo de retratação (art. 589 c/c § 3.º do art. 800 do CPP), cinco dias para subir ao tribunal *ad quem* (art. 591 do CPP). Chegando ao Tribunal, seguirá imediatamente para o Ministério Público para vista por cinco dias, e em seguida irá ao relator também por cinco dias. O CPP não estabelece prazo para inclusão em pauta. Relativamente ao habeas corpus o Código estabelece que a inclusão em pauta dar-se-á na primeira sessão. Considerando que o habeas corpus tem prioridade e que o órgão competente terá ao menos uma sessão semanal, temos que a inclusão em pauta deve ocorrer em 15 dias e a lavratura do acordo deve-se dar na forma do § 2.º do art. 615 do CPP aplicado analogicamente (15 dias aplicando-se o mesmo raciocínio sobre a realização das sessões). Por derradeiro, o art. 592 do CPP determina que os autos desçam em cinco dias, do que se extrai um prazo total de 68 dias para prisão no aguardo de recurso em sentido estrito”. *Ibid.*

<sup>500</sup> “Na hipótese de apelação, o juízo de admissibilidade do recurso faz-se em 10 dias (Inc. II, § 3.º do art. 800 do CPP), 16 dias para as razões e contrarrazões (art. 600 do CPP), 30 dias para subir (art. 601, segunda parte, do CPP), 10 dias com o MP, 10 dias com o relator e 10 dias com o revisor. Também aqui não há prazo para

modo que a somatória desses prazos possibilite o estabelecimento de um controle temporal sobre as prisões, tendo, por fim, um limite intransponível, a partir do qual a prisão deve ser relaxada.<sup>501</sup>

Segundo NICOLITT sua proposta seria preferível em relação à fórmula dos 81 dias que, por ceder diante de tantas exceções, acabou se transformando em uma falsa ideia de controle. Ademais, o montante oriundo de sua proposta não seria demasiado quando comparado a legislações estrangeiras de países como Espanha, Portugal e Alemanha.<sup>502</sup>

GIACOMOLLI sugere que o prazo máximo de duração da prisão preventiva seja definido por meio de recursos disponíveis no próprio sistema jurídico criminal enquanto ausente uma previsão específica. Um dos critérios apontados é a duração da pena privativa de liberdade prevista abstratamente. Entre os limites mínimo e máximo prefere o patamar mínimo que estaria mais consentâneo com a natureza protetora da liberdade. Um dos fatores passíveis de utilização seria, por exemplo, aquele definido pelo art. 112, LEP, para progressão do regime. A duração máxima da pena seria o resultado da fração de 16% da pena mínima prevista, se o indivíduo for primário em caso de crime sem violência, ou 25% em caso de crime com violência, por exemplo. O parâmetro poderia ser dividido em cada fase processual, investigação, processamento em primeira instância, em segunda instância e nos Tribunais superiores.<sup>503</sup>

Com efeito a sugestão de utilizar um parâmetro decorrente da LEP mostra-se além de factível, coerente com o princípio da presunção de inocência, desde que os critérios legais utilizados não pretendam confundir o tratamento entre inocente (preso provisório) e culpado (preso condenado) como parece ocorrer atualmente com entendimento consolidado do STF na Súmula 716.

A propósito da tentativa de criar um parâmetro distintivo nesse ponto valem as observações de BOVINO, quando afirma que ao se permitir a prisão preventiva, ainda que com a detração futura em caso de condenação, a prática pode tornar-se ainda mais severa com aqueles que cometeram delitos menos graves, porque eventualmente terão cumprido toda a pena

---

inclusão em pauta, o que reclama o mesmo raciocínio aplicado ao recurso em sentido estrito, ou seja, 15 dias para inclusão e 15 dias para julgamento, consoante interpretação do art. 615, § 2.º, do CPP. Por fim, aplica-se analogicamente o art. 592 do CPP, devendo descer os autos em cinco dias. Assim, a prisão provisória pode aguardar a apelação por 108 dias improrrogáveis". Ibid.

<sup>501</sup> Ibid.

<sup>502</sup> Ibid.

<sup>503</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 113/114.



e até mais tempo do que o necessário na prisão, enquanto os condenados por delitos mais graves podem não ficar tanto tempo presos (preventivamente).

Por isso o autor propõe uma releitura do princípio de inocência como proporcionalidade na mesma linha defendida por SERGI, para quem o princípio de inocência é proporcionalidade, num sentido de *inequivalência* entre a pena processual e a pena definitiva.<sup>504</sup> Embora a autora tenha escrito no contexto argentino, algumas de suas premissas parecem ajustáveis e aplicáveis no Brasil.

Para SERGI, em síntese, o princípio de inocência só pode manifestar-se na prática, e com algum êxito em termos de limitação dos poderes, se for capaz de impedir a aplicação de uma medida de privação da liberdade ou de restrição de direitos que na esfera processual e antes de um juízo de culpa ostente tanto do ponto de vista qualitativo, como quantitativo, uma gravidade equivalente à pena tal como prevista em lei.

Os demais requisitos aceitos na doutrina em matéria de prisões preventivas funcionariam então como mecanismos instrumentais para que o Estado aplicasse as medidas restritivas processuais dentro do parâmetro de *inequivalência* proposto, ou seja, em casos excepcionais e por período de tempo curto, medidas processuais de severidade menor do que uma pena definitiva. Seria então a falta de proporcionalidade entre pena processual e pena definitiva que salvaguardaria a essência do princípio de inocência tal como surgido no desenvolvimento teórico de caráter político dos autores iluministas, tendente a eliminar os abusos cotidianos da justiça penal.<sup>505</sup>

Nessa perspectiva, para SERGI a primeira e mais importante medida é estabelecer um limite máximo de prisão que seja menor do que a pena definitiva possível de ser aplicada no caso concreto (exame que deve levar em conta a facticidade em razão de que a pena não se determina só na escala penal).<sup>506</sup> A autora cita o exemplo no art. 114 do CPP do Equador.<sup>507</sup>

---

<sup>504</sup> BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. **Ciencias penales**: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, v. 17, n. 23, p. 11-29., nov. 2005. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=63220](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63220). Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>505</sup> Ibid.

<sup>506</sup> SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal**: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 471-487. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=6080](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6080). Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>507</sup> Art. 114-A.-*Las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso. De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el tribunal penal que conozca del proceso. Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Nota: Artículo agregado por Ley No. 4, publicada en Registro Oficial Suplemento 22 de 9 de Septiembre de 1992. Nota: Declarar la*

Uma segunda observação é a respeito dos casos em que a prisão preventiva dure tempo equivalente ao da pena definitiva. Nessa hipótese a autora defende que o processo deve ser encerrado e declarada a inocência do imputado. Não faz qualquer sentido que numa circunstância tal o processo tenha seu curso mantido até que eventualmente venha uma pena a ser formalmente fixada por pressão do juiz para adequá-la ao tempo de encarceramento preventivo. O Estado aí já obteve tudo o que podia do acusado.

Os critérios sugeridos pela autora são os seguintes: Primeiro, a única forma de impedir uma equivalência entre a pena definitiva e a prisão preventiva, inclusive com tratamento aos presos provisórios a partir de um regime progressivo, é utilizar justamente os prazos legais da Lei de Execução penal como parâmetros máximos de permissão do encarceramento preventivo. Ou seja, o preso provisório não poderá ficar mais tempo encarcerado do aquele que seria suficiente para numa fase de execução obter o direito de liberdade por meio da saída temporária e a semiliberdade.<sup>508</sup> Cumprido esse prazo não se tratará de uma progressão do regime ou concessão de benefícios em fase de execução, mas sim da concessão da liberdade.

Em segundo lugar, afirma que a concessão de liberdade não pode se dar mediante os mesmos critérios quando ocorra na fase processual ou na fase de execução da pena. Enquanto os critérios de avaliação do condenado são importantes para permitir o progresso no regime de execução da pena, esses informes carcerários não devem ser condicionantes para obtenção da liberdade do preso sem condenação.

Em acréscimo ao que dito anteriormente, é o excesso de prazo da prisão que deve determinar a liberdade e não os informes de conduta, próprios da fase de execução penal. Segundo a autora, essa indevida transferência de critérios acabará por fatalmente violar o

---

*inconstitucionalidad por razones de fondo y suspender los efectos de la última frase de este Artículo, que dice: "Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas". Dado por Resolución Tribunal Constitucional No. 119, publicado en Registro Oficial Suplemento 222 de 24 de Diciembre de 1997.*

<sup>508</sup> Tanto as saídas temporárias quanto a semiliberdade, previstas na Lei n.º 24.660/96 que regula a *Ejecución de la pena privativa de la libertad*, são formas de obtenção parcial e condicionada da liberdade. No primeiro caso, pode ser pelo tempo de liberdade de cada saída (até 12, 24 ou 72 horas), por motivo de estreitamento de laços familiares, frequência a programas educacionais ou programas voltados à preparação da liberdade condicional, ou, por fim, razões de confiança (art. 16). A semiliberdade permite o trabalho externo em condições similares a de uma pessoa livre, retornando ao alojamento à noite (art. 17). Em qualquer caso, para ambas, exige-se o cumprimento de no mínimo metade da pena; em caso de prisão perpétua, no mínimo 15 anos de cumprimento (art. 15). Verificado esse prazo, ainda se exige um tempo mínimo de período de prova (pelo menos um ano para as penas maiores de 10 anos; 6 meses para penas entre 5 e 10 anos; a partir do ingresso no período de prova para penas inferiores a 5 anos.

princípio de inocência. Com tais critérios a autora acredita que seja possível afastar qualquer equivalência entre medida cautelar e pena.<sup>509</sup>

A reflexão de SERGI parece oferecer um fundamento coerente para a distinção entre o tempo admissível de prisão processual (portanto, cautelar) e o tempo de uma execução de pena. Esse fundamento torna-se complementar ao critério sugerido por GIACOMOLLI. Contudo, ao contrário do que a autora propusera para o contexto argentino, acreditamos que no Brasil e no estágio atual seja suficiente a referência aos critérios objetivos do art. 112, LEP, sem necessidade de recorrer aos parâmetros da saída temporária (art. 123, LEP). É que, em se tratando a prisão cautelar de uma medida com efeitos similares ao cumprimento de pena em regime fechado, não haveria por que se socorrer de critérios legais atinentes ao regime semiaberto.

Ademais, a se considerar tais contribuições sobre a inequivalência como uma garantia de respeito ao princípio da presunção de inocência no Brasil, com os devidos ajustes, aparentemente se tornaria ilegítima qualquer pretensão de atestado de boa conduta, tal como agora novamente exigido no art. 112, § 1º, com a redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, para que o réu fosse imediatamente posto em liberdade quando superado o prazo máximo da prisão preventiva fixado com base nos critérios sugeridos. Com esse entendimento, a súmula 716 do STF ficaria superada porque não haveria progressão e sim liberdade plena.

Há de se admitir que a finalidade da Súmula 716, assim como da Súmula 717 também do STF, mobilizaram-se pela perspectiva de possível redução de danos aos réus presos por longos períodos. Entretanto, a admissão de institutos desse caráter revela a violência ao princípio da presunção de inocência pela admissão de que alguém estava em cumprimento de pena antes do trânsito em julgado e o que é ainda pior, muitas vezes o sujeito ficará em regime fechado mais tempo do que efetivamente ficaria em uma fase de execução penal.<sup>510</sup>

---

<sup>509</sup> SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 471-487. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=6080](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6080). Acesso em: 16 abr. 2020.

<sup>510</sup> Considere-se o exemplo do HC 87.801/SP, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, j. 02-05-06, 1T, um dos julgados que levou à edição da Súmula 716. O réu foi condenado a uma pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, pelo cometimento de crimes do art. 12, c/c art. 18, III, Lei n.º 6.368/76. Estava preso há 4 anos e quatro meses, quando obteve parcialmente a ordem pleiteada para reconhecer o cumprimento das condicionantes objetivas de progressão de regime ou de livramento condicional, pendente, todavia, de cumprir a condicionante subjetiva então vigente no *caput* do art. 112 e agora repristinada pela Lei n.º 13.964/2019. Se nesse caso, entendimento aqui proposto tivesse aplicação, mesmo considerando o patamar de 2/5 da pena em crime equiparado a hediondo, o patamar da pena a ser utilizado seria de 3 anos, ainda que acrescido de 1/3 ou 2/3. No primeiro caso o limite da prisão teria sido próximo de 19 meses; no segundo, em torno de 28 meses. Utilizando o critério com base mesmo na pena aplicada, ainda ficaria por volta de 28 meses.

Em sentido oposto, RANGEL foi um crítico à redação do art. 283 do CPP, dada pela Lei n.º 12.403/11, exatamente no ponto em que passara a vedar a execução antecipada da pena, o que impedia que a pessoa presa se beneficiasse dos direitos previstos na LEP.<sup>511</sup> Para o autor haveria um nítido prejuízo. Veja-se o exemplo dado:

Réu condenado a 6 anos de reclusão em regime fechado. Preso, provisoriamente, a (*sic*) um ano. Recurso exclusivo da defesa postulando absolvição. Se entendermos que não há mais *execução provisória da pena*, o réu não poderá se valer do tempo que permaneceu preso (que corresponde a 1/6 da pena) para postular a progressão do regime. A prisão, por força do art. 283, será preventiva; ou, se após o trânsito em julgado, execução definitiva.<sup>512</sup>

Com o resultado por ele apontado, menciona ainda que a alteração legal não representou nenhum avanço em favor da liberdade. Para RANGEL, trata-se de prejuízo causado aos réus e patrocinado por operadores jurídicos responsáveis pelo anteprojeto n.º 4.208/01, talvez “contaminados pela ideia de que ‘não se executa pena que não transitou em julgado’”.<sup>513</sup>

Todavia, a proposta de utilização dos parâmetros legais para progressão de regime como limite máximo à duração da prisão preventiva resolveria de outra forma o caso, ainda que, eventualmente, chegasse ao mesmo resultado, a liberdade. Com essa proposta aplicada ao exemplo de RANGEL, o cumprimento de um ano de prisão seria causa de imediata soltura do réu, cuja pena máxima já estava definida (recurso exclusivo da defesa).<sup>514</sup>

O excesso de prisão tem o inevitável inconveniente de transmutar uma prisão processual em um grave dano decorrente da natureza punitiva que assume essa segregação. Trata-se de uma questão que se conecta diretamente com o segundo ponto que anunciamos tratar, a saber,

<sup>511</sup> A ideia de que a execução provisória da pena seria um benefício ao réu, ao contrário de prejudicá-lo, foi também defendida por JARDIM, conforme se verá mais adiante (V. Cap. III, item, 3.1.5). Segundo o autor, em síntese, a aplicação da noção de execução da pena nos casos de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível permitiria a aplicação da Lei de Execução Penal, o que, de forma inarredável, traria benefícios a réus presos por tempo suficiente para pleitear benefícios como progressão de regime, por exemplo, caso estivessem na condição de executados definitivos. JARDIM Afranio Silva. **Direito processual penal**. rev. atual. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 270/271.

<sup>512</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 922.

<sup>513</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>514</sup> Talvez a melhor estratégia seja utilizar a pena fixada em sentença ou de modo geral aquela que já esteja com patamar máximo definido por ausência de recurso do órgão acusador ou, mesmo com recurso, com ausência de fundamentos aptos a incidir no montante de pena fixada. A propósito, o raciocínio aqui desenvolvido parece aplicável também ao exemplo de JARDIM. O autor não trata especificamente dos prazos de preventivas, mas sim dos benefícios alcançáveis pelo preso em caso de execução provisória da pena. Eis o exemplo: “Caio foi condenado a quatro anos de reclusão. A sentença, todavia, ainda não transitou em julgado, pendente o recurso interposto pelo réu. Ocorre, porém, que desde o momento em que Caio foi preso até os dias de hoje, já se passaram três anos. Por isso, Caio postulou o seu livramento condicional. O Conselho Penitenciário, sob o argumento de que se encontram cumpridas as formalidades e demais requisitos legais, opina pelo seu deferimento. Pergunta-se: seria cabível o livramento postulado por Caio na espécie?”. Para o autor, o benefício só seria possível se compreendêssemos a prisão como de natureza executória em caráter provisório, JARDIM Afranio Silva, *op. cit.*, p. 270/271. Todavia, com a proposta aqui apresentada, a liberdade seria decorrência do limite máximo de prisão preventiva sugerido, patamar mínimo suficiente para progressão de regime, considerada a pena aplicada.

o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao preso provisório e ao preso condenado definitivamente.

Como vimos, ainda que os Tribunais manifestem alguma preocupação em estabelecer determinados critérios de análise do caso concreto, a fim de avaliar eventual excesso de prazo das prisões preventivas, todas as tentativas passam por aferições casuísticas e suscetíveis de manipulações discursivas.

Evidentemente, o grau de concretização desses critérios ao nível de parâmetros seguros depende de um adequado compromisso por parte principalmente dos Tribunais Superiores na definição de contornos menos fluidos e que incorporem, na medida do possível, as contribuições doutrinárias. Mas mesmo que assim fosse, ainda restaria por causar grave insegurança os exóticos, mas frequentes episódios em que Tribunais locais e mesmo magistrados de 1º Grau revelam-se refratários ao acatamento das diretrizes jurisprudências do STJ e do STF.

Recentemente a reforma introduzida pela Lei n.º 13.964/2019 tentou fazer um enfrentamento a esse problema com a nova redação do art. 315, § 2º, CPP<sup>515</sup> (exigências mínimas de fundamentação e motivação das decisões). Em todo caso, continua-se a creditar a uma legislação específica a expectativa de maior êxito,<sup>516</sup> mas até que seja elaborada, a melhor

---

<sup>515</sup> “Art. 315. (...) § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento; (...)”.

<sup>516</sup> Os critérios adotados para tentar imprimir uma limitação ao prazo máximo da prisão preventiva multiplicam-se nos ordenamentos jurídicos diversos. Na Argentina, por exemplo, de acordo com o *Código de Proceso de la Nación*, a prisão deve cessar se o indivíduo ficar preso pelo mesmo tempo da pena solicitada pelo MP, ou por tempo igual ao da pena fixada em sentença recorrível ou por período suficiente para requerer se fosse condenado a liberdade condicional ou assistida (art. 224, CPP); No Chile, a prisão deve ser revogada caso não mais subsistam os motivos que a ensejaram. Mas em caso de duração por tempo igual à metade daquele esperado de uma sentença condenatória ou da do prazo efetivamente fixado em sentença nos casos de pendência de recurso, deve se marcar audiência para analisar a cessação ou prorrogação da medida (art. 151, CPP); Em Portugal (art. 215, CPP) e Itália (art. 303, CPP) foram fixados prazos máximos de prisão de acordo com fases distintas do procedimento penal; na Espanha se fixaram prazos de prisão distintos em razão da gravidade dos crimes cometidos, admitindo prorrogação. Em caso de condenação, a prisão pode ser prorrogada pela metade da pena imposta quando houver recurso (art. 504, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). Em relação a outros países da América Latina, GIACOMOLLI fornece um resumo: “O CPP da Bolívia, de 1999, com vigência em 2000, fixa a duração não superior a 18 meses até a sentença e não superior a 24 meses até o trânsito em julgado. O CPP da Costa Rica, de 1996, com entrada em vigor em 1998, estabelece o prazo não superior a meses. O CPP do Equador, de 2000, com vigência em 2001, enuncia os prazos de seis ou doze meses, dependendo da espécie de pena (prisão ou reclusão). O CPP de El Salvador, de 1996, com entrada em vigor em 1998, assenta um prazo máximo de 12 meses para os delitos menos graves, 24 meses para os graves, mas nunca poderá ultrapassar a pena máxima cominada. O CPP da Guatemala, de 1992, com entrada em vigor em 1994, também possui um

estratégia parece ser a adoção de critérios legais já disponíveis, como alguns dos aqui sugeridos. Ainda que se possam discutir outros critérios, uma das possibilidades plausíveis é a acolhida da noção de *inequivalência* apresentada (SERGI, BOVINO) com os patamares sugeridos por GIACOMOLLI, na medida em que preservam uma correlação entre tempo máximo de prisão preventiva e o fato penal em causa, além de trazer à tona a distinção entre prisão penal e prisão processual.

Outra hipótese seria a da utilização dos prazos máximos da Lei 12.850/13, acrescidos de um prazo maior em caso de recursos, tal como formulado por NICOLITT, o que aparentemente é uma estratégia ainda mais restritiva da prisão e protetora do direito à liberdade. No entanto, há de se reconhecer que também aqui acaba por se adotar um cálculo de vários prazos processuais que guardam semelhanças com a fórmula dos 81 dias criticada pelo próprio autor. Sua fórmula, ao que parece, distinguir-se-ia apenas pela menção a uma impossibilidade de transposição da somatória dos prazos, circunstância que, diante da avalanche de processos em trâmite no país, é suscetível de ser contornada pelo casuísmo das decisões judiciais.

Entre as duas opções mencionadas se constata que os parâmetros oriundos da LEP tem o êxito de definir critério mais objetivo ao contrário de utilizar como parâmetro prazos processuais em boa parte descumpridos exatamente pelo Poder Judiciário, a quem, em última análise, caberá decidir se decorre de sua incapacidade de vencer o acúmulo de processos a violação ao prazo razoável da prisão preventiva.

Desde essa perspectiva, a proposta é também, pela própria genética dos direitos fundamentais, uma proteção contra o exercício do poder jurisdicional que, mesmo investido das funções de garantia dos indivíduos, pode resvalar para abusos e desproteções indesejadas.

---

prazo máximo de 1 ano e após a sentença, de 3 meses. No CPP de Honduras, de 1999, com entrada em vigor em 2002, o prazo geral é de 1 ano e nos crimes cuja pena seja superior a seis anos, a duração máxima é de 2 anos. No CPP da Nicarágua, de 2001, que entrou em vigor em 2002, a prisão preventiva não poderá exceder a pena imposta na sentença. O CPP do Peru, de 2004, que entrou em vigor em 2006, a prisão preventiva não poderá exceder a 9 meses, com duração máxima de 18 meses, nos casos complexos. Na República Dominicana, o CPP de 2002, que entrou em vigor em 2004, estabelece um prazo máximo de 12 meses, com mais três, em caso de recurso”. GIACOMOLLI, Nereu José. Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do Código de Processo Penal Brasileiro. In: GONZÁLEZ, Leonel (org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago do Chile: CEJA, 2017, p. 475, nota de rodapé 308. Uma exposição do panorama da adesão a limites de prazos de prisões preventivas tal como originalmente incorporadas nas reformas processuais latino-americanas a partir da década de 1990 também pode ser consultada em DUCE, Mauricio J.; FUENTES, Claudio J.; RIEGO, Cristián R. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: **Prisión preventiva e reforma processual penal en América Latina: Evaluación e perspectivas**. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2009, p. 33/34. Disponível: <https://bit.ly/36QIIRb>. Acesso em 03 out. 2020.

### 3.1.5 A necessária distinção de tratamento entre presos provisórios e presos definitivamente condenados

O aspecto que envolve o tratamento distinto que deve ser dispensado entre presos provisórios e presos condenados, apesar de se revelar praticamente irrealizável num contexto carcerário como o brasileiro,<sup>517</sup> conta com legislação suficiente e com princípios de envergadura constitucional como o da presunção de inocência para exigir a diferenciação.

Não se trata nesse caso de exigir um nível de dignidade superior ao dos presos condenados. A dignidade de qualquer pessoa encarcerada é um direito humano fundamental de irredutível obediência e exigível em qualquer grau de aprisionamento e independentemente dos crimes que motivaram a privação da liberdade. O tratamento indigno e generalizado há tanto tempo dispensado aos presos brasileiros e em geral em boa parte da América Latina sempre foi e continua sendo absolutamente contrário a normas de direito internacional (art. 5º, CADH) e nacional (art. 5º, CF/88), sejam elas decorrentes da indispensável distinção entre inocentes e condenados, sejam em razão das violações explícitas de diversos outros direitos fundamentais.

A propósito, ainda que aparentemente deslocado do local em que faria mais sentido por referir-se diretamente à presunção de inocência,<sup>518</sup> o art. 5º, 4, da CADH traz dever expresso de que *“Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”*. Se a CF/88 não traz inscrito o dever de forma tão clara, ele pode e deve ser extraído da redação do art. 5º, LVII, pois ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mas também pode decorrer da necessária observância das normas internacionais a que o Brasil aderiu, como, em destaque, a CADH.

---

<sup>517</sup> Considere-se, a propósito, o julgamento da ADPF 347, em que o próprio STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. As condições inumanas da maior parte, senão da totalidade dos presídios e dos depósitos de gente utilizados de forma constringedora pelo país a fora são de conhecimento público, nacional e internacionalmente. Também é importante assinalar que o reconhecimento que fazemos de que é quase irrealizável o programa juridicamente vinculante de respeito aos direitos dos presos não tem qualquer pretensão de admitir e legitimar as práticas absolutamente aterradoras das agências estatais nessa área. Trata-se de um tema de inequívoca necessidade de responsabilização jurídica e políticas de agentes que detém poder jurídico e político para alterar essas condições precárias e desumanas, mas que, como, em regra, são as questões em que se evidenciam conflitos entre interesses político-financeiros e interesses públicos e sociais, é negligenciada em nome de gestões estatais desqualificadas, ou de gestões privadas desinteressadas da questão humana. A visão que se tem do preso pode ser resumida na constante variável que vem ao debate sempre: o custo do preso.

<sup>518</sup> ROJAS, Claudia Nash. Derecho a la integridad personal. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 195.

A CORTE IDH, a quem em última instância cabe interpretar a CADH, já consignou em mais de uma oportunidade<sup>519</sup> que o art. 5.4 impõe aos Estados-parte a obrigação de “*establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios, de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenada*”. Assentou na ocasião que essa garantia de separação pode ser concebida como corolário do “direito a uma pessoa processada a que se presuma sua inocência enquanto não estabelecida legalmente sua culpabilidade”.<sup>520</sup>

Com isso, evidentemente, não se pode pretender aplicar ao preso inocente o mesmo rigor que ao preso condenado. Aliás, “*Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. Em consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas*” como estabelece o princípio n.º 8 do *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*”, adotado pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução n.º 43/173, de 9 de dezembro de 1988, exigência que já constava do art. 10, 2, do PIDCP.<sup>521</sup>

Assim, diante do princípio multicitado torna-se a nosso ver obrigatória a separação entre os presos, sob pena de flagrante confusão entre as razões que os levaram à prisão e entre as finalidades pretendidas com a privação da liberdade. Nessa perspectiva, o art. 300, CPP, com a redação que lhe conferiu a Lei n.º 12.403/2011 mostra-se mais alinhado à tutela da condição de inocente<sup>522</sup> do preso preventivo do que a redação anterior do mesmo dispositivo que apenas aconselhava a separação.<sup>523</sup> Em todo caso o comando já constava no art. 84, *caput*, da Lei de

---

<sup>519</sup> A CORTE IDH reconheceu a violação ao art. 5.4 em razão da ausência de separação entre presos processados e condenados em outros casos, v.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. **López Álvarez vs. Honduras**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm., 141, párrafos 111 a 113. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf). Acesso 21 ago. 2020; Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Tibi vs. Ecuador**. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Parágrafo 158. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em 20 out. 2020.

<sup>520</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Yvon Neptune vs. Haití**. Sentencia de 6 mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas). Parágrafo 158. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_180\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf). Acesso em 20 out. 2020. (Trecho traduzido pelo autor).

<sup>521</sup> “(...)2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada (...)”. A obrigação, aliás, também foi recordada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU no Comentário Geral n. 21, relativo ao art. 10 (tratamento humano de pessoas privadas de liberdade).

<sup>522</sup> Em sentido similar, entendendo a redação do art. 300 como inspirada no princípio da presunção de inocência, v. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord). **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, comentários ao art. 300. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/34zCrWj>. Acesso 21 ago. 2020. No mesmo sentido: NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelares**: Prisão e demais medidas cautelares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://bit.ly/34uwmdv>. Acesso 21 ago. 2020

<sup>523</sup> CHOUKR faz um interessante comentário no sentido de que o preso cautelares não teria autorização legislativa para ser colocado no mesmo ambiente que o preso não penal, ou seja, preso por inadimplemento de pensão



Execução Penal, que em 2015 foi novamente alterada pela Lei n.º 13.167/2015 para detalhar critérios de separação dos presos provisórios entre si. Ademais, segundo a CORTE IDH, não basta que os presos sejam alocados em celas separadas, mas que as próprias celas fiquem em seções ou estabelecimentos diferentes.<sup>524</sup>

A colocação de preso não condenado definitivamente junto com presos que já cumprem pena traduz inegável constrangimento ilegal, devendo ser imediatamente reparado por meio da soltura do indivíduo ou, alternativamente, com restrição da liberdade por outro meio, como, por exemplo, uma prisão domiciliar, conforme sugerido por GIACOMOLLI<sup>525</sup> e NICOLITT.<sup>526</sup>

A presunção de inocência, portanto, como eixo temático em matéria de prisão, desdobra-se em direções múltiplas, mas coincidentes em se reconduzir sempre ao princípio que ela representa, o de não tratar qualquer pessoa como se culpada fosse antes que sua culpa seja devidamente comprovada, ou seja, não impor a alguém privações e restrições de direitos incompatíveis com o estado de inocência. Prisões provisórias em condições de tratamento indignas ou adequadas apenas a réus condenados são, nesse contexto, explícitas violações do direito-garantia em destaque.

### 3.1.6 A polêmica sobre a execução antecipada da pena

Neste momento se pretende analisar a questão da execução antecipada da pena, limitando a discussão ao significado de trânsito em julgado e à natureza da prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível. Primeiro, porque o trânsito em julgado é marco temporal de delimitação do fim de irradiação de efeitos da garantia fundamental em estudo. Segundo, porque a natureza da prisão diz respeito diretamente à legitimidade exigida pela leitura da presunção de inocência já apresentada, que exige, antes do trânsito em julgado, característica de cautelaridade para ser legítima. Esses dois tópicos certamente não esgotam a

---

alimentícia. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial. 7 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 694.

<sup>524</sup> ROJAS, Claudia Nash. Derecho a la integridad personal. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 195.

<sup>525</sup> Sugerindo a substituição da preventiva por prisão domiciliar em caso de falta de local adequado para separação de presos, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 147/148.

<sup>526</sup> NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar**. Prisão e demais medidas cautelares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://bit.ly/34uwmdv>. Acesso 21 ago. 2020

pauta sobre o assunto, mas se mostram mais pertinentes ao âmbito dos estudos empreendidos nessa pesquisa.<sup>527</sup>

A título de contextualização, recorde-se que anteriormente foi apresentado um resumo das oscilações jurisprudenciais acerca dessa temática,<sup>528</sup> revelando que a execução antecipada da pena contou com ampla acolhida pelo STF até a reviravolta de posição no julgamento do HC 84.078/MG, ocasião em que o Plenário, por 7 votos a 4, manifestou-se pela impossibilidade de execução antecipada da pena por ferir o princípio da presunção de inocência, ademais de a Lei n.º 7.210/84 conter preceitos que exigem o trânsito em julgado para execução penal que se sobrepõem temporal e materialmente ao art. 637 do CPP.

Em fevereiro de 2016 uma nova mudança de entendimento no HC 126.292/SP também por 7 votos a 4, ratificada em dois pronunciamentos subsequentes em outubro (análise da medida cautelar nas ADCs 43 e 44) e em novembro do mesmo ano (ARE 964.246/RG), passaria a admitir a execução antecipada da pena, revigorando um entendimento antigo da Corte que não encontrava violação ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, CF/88. O Plenário do STF manifestou-se uma vez mais no HC 152.752/SP, decisão proferida em 04-04-18, em sessão que gerou certa perplexidade em parcela da comunidade jurídica, não só pela manutenção da posição do Tribunal admitindo a execução antecipada da pena, mas porque ROSA WEBER expressamente consignou que tinha posição contrária à possibilidade de antecipar-se o cumprimento da pena, mas em nome do princípio da colegialidade, por se tratar de julgamento em sede controle difuso, não votaria nesse sentido e sim de acordo com a posição então ainda dominante no Plenário.

Em novembro de 2019 com o julgamento do mérito das ADCs 43, 44, 54, o Tribunal voltou a se pronunciar sobre o assunto, desta vez afirmando a constitucionalidade do art. 283, CPP, artigo posteriormente alterado pela Lei n.º 13.964/19, passando então a constar expressamente que a prisão deve ser fundamentada em razão de prisão cautelar, salvo quando decorrente de flagrante delito ou em caso de sentença condenatória transitada em julgado.<sup>529</sup>

---

<sup>527</sup> De fato, a produção bibliográfica acumulada pelo menos desde a CF/1988 em torno do tema da execução antecipada da pena é vasta, sendo impraticável, sobretudo pelos limites desse tópico, um exame tão aprofundado da questão e das várias manifestações em favor da antecipação do cumprimento da pena e das objeções feitas a essa proposta. O julgamento mais recente e impactante na matéria, o HC 126.292/SP, restabeleceu uma polêmica que havia sido aparentemente superada pelo julgamento do HC 84.078/MG em fevereiro de 2009, com acolhida na própria Lei n.º 12.403/2011. A execução antecipada voltou a ser compreendida como incompatível com a CF/88 a partir da decisão de mérito das ADCs 43, 44, 54, em novembro de 2019, mas nada garante que esse entendimento mantenha estabilidade diante do comportamento dos últimos anos naquele Tribunal.

<sup>528</sup> V. Cap. II, item 2.2.4.

<sup>529</sup> Destaque-se que o PLS 166/2018 de autoria do Senador Lasier Martins, atualmente aguardando análise do Plenário do Senado, pretende alterar o art. 283 e os art. 637 do CPP, além de incluir um art. 617-A, com o

Esses são os julgamentos mais relevantes no STF. Os dois tópicos a serem analisados foram selecionados a partir da constatação de que eles ostentam centralidade nos debates jurisprudenciais, resultado, ao que parece, da incorporação dos debates doutrinários.

Começamos pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em outra oportunidade já se adiantou substancialmente a estreita relação entre o marco temporal agora em análise e a presunção de inocência.<sup>530</sup> Enquanto esta traduz em linguagem jurídica o conteúdo de um importante direito-garantia fundamental, o trânsito em julgado introduz o fator temporal a partir do qual a presunção de inocência deixa de operar nos estreitos limites do fato penal componente da condenação.

A rigor, ainda que se acumulem inúmeros argumentos favoráveis<sup>531</sup> e contrários à execução antecipada da pena, a polêmica gira necessariamente em torno do *trânsito em julgado* porque a (res)significação desse instituto pode dar contornos mais ou menos amplos aos efeitos temporais da presunção de inocência.<sup>532</sup> Ademais, a definição do que trata este ponto pode

---

objetivo de tornar regra a execução antecipada da pena após julgamento por órgão colegiado. A redação pendente de análise foi oferecida em Substitutivo na CCJ e em razão do parecer da senadora Juíza Selma. Em razão de recurso apresentado nos termos do art. 58, § 2º, CF/88, a matéria não foi concluída na Comissão, de forma que a discussão deverá se dar em Plenário. BRASIL. **Projeto de lei do senado 166, 10 de abril de 2018.** (Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância). Brasília/DF, Senado Federal, 218. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/132863>. Acesso em 03 out. 2020.

<sup>530</sup> V. Cap. II, item 2.2.5.

<sup>531</sup> Em sentido favorável, por exemplo, v: FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Penal (integral)?**; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fabio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.** Salvador, Juspodivm, 2010; FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Penal (integral)?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015; FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016 (comentários ao art. 637, tópico 637.1.1 denominado Posicionamento de Douglas Fischer); SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen. Da presunção de inocência ao devido processo legal: a constitucionalidade da execução provisória da pena. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 118, p. 18-43, out./nov.. 2019. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=153497](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153497). Acesso em: 1 set. 2020; BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: Em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro.** Brasília, TJDF, 2015; JARDIM Afranio Silva. **Direito processual penal.** rev. atual. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 265/279.

<sup>532</sup> No sentido de que a relativização do trânsito em julgado previsto no inciso LVII do art. 5º, CF/88, viola a presunção de inocência, sendo inadmissível a execução antecipada da pena, dentre outros, v. AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ANTUNES, M. J., et al. **Direito penal e constituição.** Diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. p. 105-140; PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: **Boletim do IBCCrim**, n. 277, dezembro de 2015; PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de inocência no Habeas Corpus n.º 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. São Paulo: **Revista de Direito Brasileira**, v. 17, n. 7, p. 391-407, mai/ago 2017. Disponível em:

também influenciar na própria percepção da natureza da prisão determinada a partir do esgotamento das vias ordinárias de jurisdição.

A propósito, o trânsito em julgado, a par de acompanhar a presunção de inocência no inciso LVII do art. 5º da CF/88, tem outras inúmeras incidências na legislação constitucional ou infraconstitucional, reconduzindo-se frequentemente ao instituto da sentença penal condenatória, tanto no que diz respeito à prisão e à execução penal, quanto a outros efeitos extrapenais. Citem-se, por exemplo, na CF/88, os arts. 15, III,<sup>533</sup> 55, VI. Na legislação infraconstitucional colhem-se dispositivos importantes no art. 283, CPP, arts. 105, 147 e 164 da Lei de Execução Penal; art. 50 do CP.

Para além de opiniões doutrinárias, nas decisões do STF mais recentes, em que se readmitiu a execução antecipada da pena, o trânsito em julgado (e por consequência a coisa julgada penal) foi abordado em pelo menos dois ângulos distintos com o propósito de justificar a eventual antecipação da execução: primeiro, com a alteração do momento em que se opera o trânsito em julgado,<sup>534</sup> passando a reconhecê-lo com o esgotamento das vias ordinárias de análise do caso concreto, onde ficariam circunscritas as questões de fato, numa aparente (con)fusão com o duplo grau de jurisdição; em segundo lugar, com a possibilidade de trânsito em julgado progressivo das questões não mais controvertidas em recursos pendentes, formando-se uma espécie de coisa julgada penal em partes, hipótese em que se poderia admitir a execução da parte “líquida” da sentença condenatória.

---

<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11365#preview>. Acesso 31 ago. 2020; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 652/653; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão processual na Lei 12.403, de 2011. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (org). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartien Latin, 2012, p. 435/444; ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, 2018, pp. 709-730, p. 718, embora a autora não considere incompatível a afirmação daqueles que extraem do inciso LVII uma norma-princípio; DAVID, Décio Franco David; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, 2018, pp. 1143-1174, p. 1150. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/180/138>. Acesso 04 set. 2020.

<sup>533</sup> (...) 1. A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. (...) (RE 601182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-214 DIVULG 01-10-2019 PUBLIC 02-10-2019)

<sup>534</sup> Dentre as estratégias frequentes para ler o inciso LVII do art. 5º da CF/88 de modo compatível com a execução antecipada da pena encontra-se em destaque um ponto comum: como contornar a exigência do trânsito em julgado? Aí surgem respostas que podem ir desde uma ressignificação explícita do instituto alterando o momento em que ocorre, admitindo que o fenômeno ocorra progressivamente, até uma anulação de seus efeitos em razão de ponderação de valores, de princípios, normalmente envoltas naquelas interpretações sofisticadamente epitetadas de “sistemáticas”, “harmonizadoras”, etc.

No julgamento do HC 126.292/SP, o então relator TEORI ZAVASCKI aborda o tema da presunção de inocência de uma perspectiva preponderantemente probatória. Adverte que o princípio garante que ninguém será considerado culpado sem prova, recaindo o ônus probatório sobre a acusação. No entanto, esse juízo sobre a culpabilidade do réu é atribuído apenas aos órgãos ordinários de atuação na esfera penal. Em decorrência, há também uma estreita relação entre presunção de inocência e duplo grau de jurisdição. Ou seja, tendo havido o julgamento nas vias ordinárias e respeitado o duplo grau de jurisdição, que permite ao réu obter uma segunda decisão sobre sua culpa, estão esgotadas as discussões sobre matéria fática do caso. Após a decisão em recurso de apelação, em juízo condenatório, cabe falar até mesmo na superação desse princípio.<sup>535</sup>

Como se identifica em contribuições doutrinárias nesse tema, é comum que a relação entre presunção de inocência e duplo grau de jurisdição seja realizada a partir da noção de que o direito interno brasileiro deve ser compatibilizado com os tratados internacionais em que não se localiza exigência de trânsito em julgado, mas tão somente a exigência de um recurso efetivo para que o réu veja sua causa analisada por um órgão judicial distinto.<sup>536</sup>

Quanto à execução parcial da pena no âmbito jurisprudencial<sup>537</sup> pode-se consultar a posição exposta pelo Min. GILMAR MENDES<sup>538</sup> no julgamento do HC n.º 152.752/PR, ocasião em que se discutiu inclusive o entendimento do TRF4 acerca da execução antecipada

---

<sup>535</sup> “Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”. BRASIL, 2016, p. 6/7, voto do Min. Teori Zavascki no HC 126.292/SP. Esse foi também o teor de muitas manifestações da Min. Ellen Gracie em julgamentos no STF. Destacamos seu voto no julgamento do HC 84.078/MG e no HC 83868, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00334 RTJ VOL-00212-01 PP-00458 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 266-306 RMP n. 44, 2012, p. 187-220. Também o Min. Alexandre de Moraes percorreu caminho similar nos mais recentes julgamentos acerca da matéria, como se verá adiante.

<sup>536</sup> Dentre outros já apresentados em nota de rodapé anterior, v. BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: Apreciação dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e de Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 222/228.

<sup>537</sup> A matéria já havia sido destaque na Décima Primeira Questão de Ordem na AP 470. Claro que ali havia um cenário bastante específico em que a ação penal originária fora julgada no Plenário do STF. Mas se entendeu naquele caso, *s.m.j*, que o trânsito em julgado parcial ocorria em relação aos capítulos autônomos da decisão de que não coubesse ou não houvesse recurso pendente. E ainda assim que essa conjuntura aplicava-se a casos de concurso material de crimes (Joaquim Barbosa). Ou seja, havia uma distinção do que parecem ser as propostas mais atuais de coisa julgada parcial. Enquanto naquele caso se admitia, mas desde que, de fato, determinadas matérias já não fossem mais discutíveis, atualmente se tenta transplantar para o julgamento de segunda instância um marco de definitividade puramente artificial que não corresponde à dinâmica do processo. (AP 470 QO-décima primeira, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014).

<sup>538</sup> A proposta de trânsito em julgado progressivo consta nas pp. 117 e ss do acórdão (HC 152752, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018).

da pena sedimentado na Súmula 122/TRF4. GILMAR MENDES recorre ao modelo italiano de processo penal para afirmar que lá é possível reconhecer o trânsito em julgado progressivo. Afirma que no Brasil seria possível aplicar tal entendimento a partir de alguns preceitos do CPC que autorizariam a execução de capítulos da sentença incontroversos; com isso estaria permitida a execução parcial da sentença criminal. Em acréscimo, afirma que boa parte das questões jurídicas penais são discutidas no âmbito de HC, sendo que o RE é utilizado como estratégia recursal para impedir o trânsito em julgado. Em sua manifestação, ele afirma que na medida em que as questões jurídicas forem sendo resolvidas, caberá conhecer o trânsito em julgado da matéria, independentemente da pendência de RE.

Já na doutrina, a perspectiva de coisa julgada parcial defendida por SUXBERGER e CAVALLAZZI, por exemplo,<sup>539</sup> seria justificada pela perfectibilidade da decisão de mérito após esgotadas as funções jurisdicionais das instâncias ordinárias. Assim, respeitado o duplo grau de jurisdição, que segundo os autores cumpriria as exigências de tratados internacionais, e comprovada a culpa, estaria respeitado o devido processo legal, desconstituindo-se a partir daí a presunção de inocência.<sup>540</sup> Para os autores, a necessidade de uma releitura do que significa trânsito em julgado no inciso LVII do art. 5º da CF/88 deve-se a uma necessária compreensão sistemática dos direitos e garantias fundamentais, prestigiando-se uma adequação e uma coerência entre todo o conjunto do ordenamento jurídico. Ademais, como a sentença penal não é suscetível de imutabilidade, diante da possibilidade eterna de revisão criminal, não se poderia falar de uma coisa julgada penal estabilizada como condicionante da execução, posto que essa condição nunca seria implementada, impedindo o cumprimento da pena.<sup>541</sup>

Em todo caso a noção de trânsito em julgado normalmente esteve (e ainda está) atrelada a um fator preclusivo que demarca a formação da coisa julgada penal, ainda que com esta não

---

<sup>539</sup> Em sentido similar, admitindo a coisa julgada parcial no processo penal, inclusive com execução antecipada da pena no que não controvertida, v. BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: Em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília, TJDF, 2015.

<sup>540</sup> “(...) o princípio da presunção de inocência acha-se delimitado pelo devido processo legal. Ele compõe a necessidade de que o réu seja submetido a um processo justo, que respeite o seu direito ao contraditório, em que lhe seja garantido amplo direito de defesa, em que não seja objeto de provas e nem se permita o emprego de provas ilícitas e em que o decreto condenatório possa ser apreciado por um órgão revisor ordinário. A presunção de inocência, então, acha-se adstrita à comprovação da culpa e a sua subsunção ao duplo grau de jurisdição”. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen. Da presunção de inocência ao devido processo legal: a constitucionalidade da execução provisória da pena. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 118, p. 18-43, out./nov.. 2019. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=153497](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153497). Acesso em: 1 set. 2020.

<sup>541</sup> Ibid.

se confunda.<sup>542</sup> Em geral, no direito normalmente está condicionado pelo esgotamento das vias recursais disponíveis às partes,<sup>543</sup> aí incluídos também os recursos de natureza constitucional.<sup>544</sup> Como diz CHOUKR, o trânsito em julgado é o momento a partir do qual a sentença penal começa a surtir seus efeitos, advertindo ainda que esses efeitos penais devem ser concomitantes ao trânsito em julgado e nunca antecipados, sob pena de transgressão ao princípio da presunção de inocência.<sup>545</sup>

Será correto, portanto, afirmar que só depois de formada a coisa julgada penal (formal e material), por sua vez posterior ao advento do trânsito em julgado, desde que sentença condenatória, pode-se iniciar a execução penal. Trata-se de condicionar a execução penal à existência de um título executivo penal estável,<sup>546</sup> já não mais suscetível, em regra, de alteração, especialmente no processo do qual se origina.

Partindo dessas premissas, a estabilidade e higidez da sentença penal condenatória perfectibilizada com o trânsito em julgado revela-se alinhada à perspectiva de presunção de inocência aqui apresentada,<sup>547</sup> mas incompatível com as duas ideias acima mencionadas de ressignificação do trânsito em julgado e da própria coisa julgada penal – a propósito, em outro

---

<sup>542</sup> “A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que – esta, sim – se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão “auctoritas rei iudicatae” e não “res indicata”, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade. MOREIRA”. José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER Luiz Rodrigues (org). **Doutrinas essenciais**. Processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.6. p. 679 e ss.

<sup>543</sup> “Tal momento é aquele em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio e recurso. Se ela já era, “ab origine”, irrecorrível, transitou em julgado no próprio instante em que adquiriu existência como ato processual – ou seja, no instante da publicação. Se é recorrível, transitará em julgado exatamente quando deixar de o ser: ou no termo “ad quem” do prazo de interposição do recurso admissível, não utilizado; ou ao verificar-se algum fato capaz de tornar inadmissível o recurso, antes (exemplo: renúncia) ou depois (exemplo: deserção) da interposição; ou ainda com a homologação da desistência manifestada pelo recorrente”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER Luiz Rodrigues (org). **Doutrinas essenciais**. Processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.6. p. 679 e ss.

<sup>544</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 656.

<sup>545</sup> *Ibid.*, p. 653 e 655.

<sup>546</sup> O termo aqui empregado em sentido utilizado por GRINOVER ao escrever sobre coisa julgada penal: “Mas, se quisermos adotar esse critério, sugeriríamos outra nomenclatura, inovando ligeiramente na teoria de Liebman. Parece-nos que a qualidade da sentença não (mais) sujeita a desconstituição é efetivamente a imutabilidade; enquanto a qualidade da sentença sujeita a desconstituição seria simplesmente a estabilidade. Para o processo penal, diríamos assim que a qualidade da sentença absolutória passada em julgado é realmente a imutabilidade; enquanto, na sentença condenatória, tratar-se-ia de mera estabilidade”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias**, v. 3, 2009, pp. 859-874. A distinção feita pela autora é também endossada por CHOUKR, Fauzi Hassan, *op. cit.*, p. 653.

<sup>547</sup> Em sentido similar, v. Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 445.

momento, já se assinalou que a presunção de inocência não está sujeita a nenhuma redução gradativa de aplicação no processo penal, merecendo destaque agora acrescentar que as sugeridas relativizações do conceito de trânsito em julgado<sup>548</sup> e de coisa julgada penal são meras estratégias de violação à cláusula pétrea em estudo.

Se a presunção de inocência, como se vem defendendo, impede qualquer produção antecipada de efeitos condenatórios antes do marco temporal estabelecido constitucionalmente,<sup>549</sup> qual seja, o trânsito em julgado, é inadmissível que se atribua a um título condenatório ainda precário e suscetível de alterações por meio dos recursos disponíveis e ainda manejáveis ou pendentes de julgamento no caso concreto uma característica de estabilidade própria da sentença que já passou em julgado. Ou pior, mesmo reconhecendo a ausência dessa estabilidade, que se assuma um risco relevante de aplicar indevidamente uma pena. A razão parece bastante óbvia: uma sentença ou acórdão não estáveis podem ser modificados e, iniciada a execução, não é possível, em caso de constrição de liberdade, o retorno ao estado anterior das coisas.<sup>550</sup>

Assim, a garantia fundamental do art. 5º, LVII, na parte em que condiciona a execução ao trânsito em julgado reveste-se de uma natureza preventiva de danos evidentemente irreversíveis (o tempo de prisão não é recuperado) ou de difícil reparação (questões patrimoniais, morais, políticas, etc).<sup>551</sup>

---

<sup>548</sup> Importante mencionar, aliás, que a noção de conceito operacional trabalhada por PRADO ajuda nesse ponto a afirmar a transitividade do próprio conceito de trânsito em julgado, que é orientado por algo maior, a saber, a presunção de inocência. PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.

<sup>549</sup> Daí a advertência de CHOUKR: “A constatação de Liebmann de que “a sentença, enquanto comando do juiz, emana seus efeitos mesmo antes da coisa julgada, mas é no momento do trânsito em julgado que a sentença se estabiliza, impondo-se a todos” simplesmente não tem cabimento no processo no Estado de Direito, pois a presunção de inocência impede efeitos antecipados da sentença penal”. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 652.

<sup>550</sup> Esse tema ganha ainda maior nível de dramaticidade quando se pensa que o Estado tende a se isentar de responsabilidade por prisões indevidas, arbitrárias e excessivas decorrentes de processos penais.

<sup>551</sup> A lógica desses argumentos sobre execução parcial da sentença condenatória na parte dos fatos não objeto de recurso ou contra réu que não recorre pode ser sintetizada no seguinte trecho do livro de BARBAGALO: “Admitindo-se a hipótese, o juiz sentenciante de primeira instância receberia o apelo e determinaria a expedição de carta de guia provisória referente ao crime não recorrido ou com base na parte da sentença não questionada, ou mesmo em relação ao réu não recorrente. Posteriormente, com o julgamento do recurso, haveria a complementação da carta de guia ou com a informação que se tornou definitiva (art. 107, § 2º, LEP e art. 3º, § 3º, da LEP)”. Na mesma obra, por coerência, BARBAGALO, de fato, defende a impossibilidade de reforma de decisão em benefício de réu que não tenha recorrido ou em razão de objeto de recurso diverso do aventado pelo interessado. BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: Em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília, TJDF, 2015, p. 121. Percebe-se claramente que o autor não trabalha com a perspectiva de reforma do julgado, mas somente com a respectiva confirmação. Mas o fato de que um recurso de corréu pode eventualmente aproveitar aquele que não recorreu (art. 580, CPP) não é abordado pelo autor, sem falar no caso de reconhecimento de ofício de nulidades que atinjam a decisão condenatória. Há um outro exemplo doutrinário que parece sintomático desse comportamento. Ao defender que o STF deve estar atento à repercussão social de suas decisões e ao



No caso específico do ordenamento brasileiro, os recursos constitucionais (especial e extraordinário), mesmo se compreendidos como manifestação de instâncias extraordinárias, não tem caráter rescisório.<sup>552</sup> Tal é a dinâmica processual penal que os estabelece como instrumentos disponíveis tanto à defesa quanto à acusação para alterar o mérito do caso concreto em análise ou modificar aspectos relevantes, ainda que periféricos ao mérito.<sup>553</sup> Ou seja, em qualquer desses casos em que a manifestação de órgãos judiciais em instância extraordinária tem a potencialidade de modificar o conteúdo da decisão de mérito ou aspectos a ele correlacionados,<sup>554</sup> em particular com conteúdo condenatório, não é possível reconhecer a estabilidade da sentença penal, razão pela qual a pendência de tais recursos deve impedir o trânsito em julgado e consequentemente a execução antecipada da pena.<sup>555</sup> Aliás, não parece coincidência que a manifestação explícita do trânsito em julgado tenha acompanhado a locução sentença penal condenatória justamente no multicitado inciso LVII do art. 5º, onde está alojado constitucionalmente o direito-garantia fundamental à presunção de inocência.<sup>556</sup>

---

ajustamento delas à opinião popular, sobretudo quanto à efetividade das sentenças condenatórias, RIBEIRO afirma: “Exatamente em busca dessa legitimidade social, é preciso que as decisões no Poder Judiciário tenham efeito concreto, dentro de um prazo razoável. Por consequência, enquanto não alterada em outras instâncias, a sentença deve ser considerada ato imperativo, ato estatal lídimo, presumidamente válido e pronta para surtir efeitos. E mais, isso é correto quando a sobredita decisão é submetida a escrutínio na segunda instância e recebe aprovação de um colegiado de julgadores”. RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. Natal/RN: Motres, 2019, p. 114.

<sup>552</sup> A pretensão de introduzir um caráter rescisório a esses recursos, com uma reformulação do microsistema em causa, foi proposta por CEZAR PELUSO, então presidente do STF. A PEC 15/2011, no entanto, não teve fôlego suficiente para ser aprovada.

<sup>553</sup> Sobre as inúmeras questões passíveis de abordagem no âmbito dos recursos especial e extraordinário, v. LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer a pedido de Maria Cláudia Seixas para utilização nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP, 2016, p. 25 e ss.

<sup>554</sup> Daí porque a própria afirmação corriqueira de que as questões de fato são esgotadas nas instâncias ordinárias carrega alguma perplexidade, já que para o direito penal e para o processo penal o que importa é o fato *juridicamente* relevante e não só fato, ou só direito, a não ser que se transformem STF e STJ em Tribunais que julgam exclusivamente teses e não recurso sobre *causas* criminais. Mas mesmo essa alteração de competência, em nossa perspectiva, dependeria de uma reforma constitucional.

<sup>555</sup> “Não é preciso maior esforço para compreender que não se trata como inocente fazendo uma execução provisória da pena despida de qualquer caráter cautelar (e aqui está a relativização admitida e demarcada da presunção de inocência, para os que simplesmente argumentaram em torno da inexistência de ‘direitos fundamentais absolutos’). Pura e simples antecipação do tratamento de culpado no curso de um processo (*fase recursal ainda é curso de processo, é por isso que a origem etimológica da palavra vem de ‘recursus’, retomar o curso, jamais estabelecer um novo curso ou encerrar*)” (grifo nosso). LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer a pedido de Maria Cláudia Seixas para utilização nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP, 2016, p. 10.

<sup>556</sup> Uma outra fórmula para esvaziar a garantia é afirmar que a privação da liberdade não é corolário do tratamento de culpado, mas sim de condenado, como fez a Min. CÂRMEN LÚCIA em seu voto no HC 126.292/SP. Isso, todavia, demandará uma subversão do sistema jurídico penal, cuja condição inafastável para a aplicação de uma pena é a existência de um título executivo judicial. Aliás, a julgar pelo inciso LVII, a única referência à raiz etimológica de *condenado* está na palavra *condenatória* que diz respeito exatamente à sentença penal transitada em julgado.

Portanto, a partir do texto constitucional vigente, a sentença penal condenatória passará em julgado somente depois de percorrido o itinerário processual validamente estabelecido, o que, evidentemente, inclui a passagem, se for o caso, da causa pelas instâncias recursais extraordinárias.

Aliás, a perspectiva aqui assentada encontra guarida inclusive em decisões da CORTE IDH. Ainda que a CADH não estabeleça expressamente a exigência de trânsito em julgado para a comprovação da culpa, diversos pronunciamentos da CORTE IDH têm consignado que a culpa deve ser comprovada por uma sentença firme, definitiva, incluindo aí todas as instâncias recursais.

No caso Suárez Rosero, por exemplo, a CORTE IDH afirmou que “o processo termina quando é proferida sentença definitiva no assunto, com o que se esgota a jurisdição (cf. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, serie A n° 81*, par. 29)<sup>557</sup> e que, particularmente em matéria penal, este prazo deve compreender todo o procedimento, incluindo os recursos à instância superior que poderiam eventualmente ser apresentados”.<sup>558</sup> Em sentido similar, manifestou-se em outra oportunidade (caso Ricardo Canese) no sentido de que o princípio da presunção de inocência é essencial para a realização do direito à defesa e deve ser observado

---

<sup>557</sup> O caso europeu aqui invocado pela CORTE IDH diz respeito a uma questão que na origem envolvia um acidente de trânsito e uma pretensão indenizatória. Ouve um julgamento por parte da autoridade judiciária portuguesa, mas a fixação do valor indenizatório ficou para uma segunda fase, de execução. O questionamento por parte do interessado dizia respeito justamente ao prazo razoável, posto que o processo iniciado em 7 de dezembro de 1978 havia chegado ao fim da primeira fase em 25 de outubro de 1982. A Corte Europeia na ocasião, após advertir que a decisão que encerrava a primeira fase não constituía a decisão definitiva do caso (§ 29), reservou-se a analisar a violação ao art. 6º, 1, da Convenção apenas quanto à primeira fase, diante da ausência de elementos para avaliar a segunda. No caso específico, ao examinar a matéria a partir da jurisprudência consolidada, ponderando o caso concreto, as circunstâncias e a complexidade da matéria, o comportamento do requerente e das autoridades estatais portuguesas, entendeu como violado o direito convencional ao prazo razoável, sobretudo pela letargia na solução do caso e pela ausência de responsabilidade do interessado quanto a isso (§§ 31 a 41). *Cour Européenne des droits de L’homme. Affaire Guincho c. Portugal* (Requête n° 8990/80). Arrêt, 10 juillet 1984. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22guincho%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57497%22%5D%7D>. Acesso em 31 ago. 2020.

<sup>558</sup> Aliás, merece relevo a observação constante no mesmo parágrafo, no sentido de que: “Com base na prova que consta nos autos perante a Corte, esta considera que a data de conclusão do processo contra o senhor Suárez Rosero na jurisdição equatoriana foi o dia 9 de setembro de 1996, quando o Presidente da Corte Superior de Justiça de Quito proferiu a sentença condenatória. Embora na audiência pública o senhor Suárez Rosero tenha mencionado a interposição de um recurso contra esta sentença, essa afirmação não foi provada”. Percebe-se, portanto, que o advento da firmeza da sentença decorria da ausência de comprovação por parte do interessado, de que havia interposto recurso. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Suárez Rosero vs Ecuador**, parágrafo 71. Sentença de mérito, 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020.

durante toda a tramitação do processo até que sobrevenha uma sentença condenatória definitiva.<sup>559</sup>

Como bem adverte CHOUKR, a ausência de uma previsão expressa na CADH acerca do trânsito em julgado tende a afastar das discussões da CORTE IDH um exame mais específico e centrado nessa combinação entre o marco temporal e a presunção de inocência,<sup>560</sup> mas ainda assim e com base nos julgamentos já expostos pode-se repelir qualquer tipo de equívoco gerado no sentido de que a CORTE IDH e a CADH ignorem a necessidade de decisões definitivas ou a legislação interna de cada país e superponham-se como único vetor a se seguir em favor de uma simples comprovação de culpa desconectada de um grau de estabilidade da decisão.<sup>561</sup>

Por isso, afirmações como a de ALEXANDRE DE MORAES no voto proferido no HC n.º 152.752/PR, no sentido de que não há nenhuma exigência normativa, seja na CADH, seja na CEDH, que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória e que por isso seria possível a execução provisória da pena após o esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, não merecem prosperar.<sup>562</sup>

ALEXANDRE DE MORAES baseia-se para tal conclusão em artigo intitulado “Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?”<sup>563</sup>

---

<sup>559</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguai**, parágrafo 153. Sentença de mérito, reparações e custas, 31 de agosto de 2004. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf). Acesso em: 26 jun 2020. Ainda sobre a exigência de uma sentença firme para superação da presunção de inocência, v. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México**, parágrafo 183. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3nbwTJZ>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>560</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Inicição ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 658.

<sup>561</sup> Aliás, mostra-se apropriado ao tema ter em conta a advertência de ILLUMINATI sobre situação semelhante na Itália. Segundo o autor a exigência de *prova secondo la legge* da normativa internacional corresponderia no direito interno a *condanna definitiva*, tratando a primeira de reenviar a diretiva à disciplina específica de cada ordenamento jurídico. ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 28.

<sup>562</sup> A mesma crítica endereçamos ao texto de SUXBERGER e CAVALLAZZI que vinculam presunção de inocência ao duplo grau de jurisdição como combinação suficiente para ver-se respeitado o devido processo legal. No entanto, além de o artigo não conter análise sobre casos da CORTE IDH em que a noção de decisão firme é veiculada, também não foi possível compreender porque é realizada a vinculação tão estreita da presunção de inocência com o duplo grau de jurisdição como fator temporal limítrofe e por qual razão o que ocorre depois do esgotamento das instâncias ordinárias não é compreendido na ideia de devido processo legal. Os recursos especial e extraordinário seriam o que exatamente? Não foi possível extrair essa explicação do texto examinado. Ainda no sentido de que a presunção de inocência não está relacionada ao duplo grau de jurisdição, mas sim ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, v. AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ANTUNES, M. J., et al. **Direito penal e constituição**. Diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. p. 105-140.

<sup>563</sup> VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. **Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?**. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-0022016](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-0022016). Acesso 28 ago. 2020.

que, no entanto, contradiz as conclusões a que chega o julgador. De fato, os autores (VIEIRA e RESENDE), após exame de alguns casos, concluem que não localizaram na CADH dispositivo que exija expressamente trânsito em julgado para início de cumprimento da pena e também não localizaram decisões da CORTE IDH nesse sentido.

No entanto, como fica evidente já no próximo parágrafo do artigo, os autores, ainda que apontem essa lacuna na CADH, advertem que, por expressa previsão convencional, deve-se orientar qualquer decisão pelo princípio da norma mais favorável ao indivíduo, incluída no art. 29.b da CADH. Assim, nada impede, segundo afirmam, que condicionantes adicionais ao cumprimento da pena sejam estabelecidos pela legislação interna. Para os autores, em geral, o direito internacional dos direitos humanos orienta-se por uma perspectiva de interpretação sempre extensiva dos direitos humanos e restritiva de suas limitações.

Ao reduzir parte significativa das conclusões do artigo, ALEXANDRE DE MORAES altera substancialmente o próprio teor do que os autores manifestaram, inserindo-os, paradoxalmente, num argumento de fundamentação de uma decisão que foi criticada no artigo em sua versão genuína.

Divergimos em parte da opinião de VIEIRA e RESENDE por identificarmos nas decisões da CORTE IDH que exigem uma comprovação de culpa por decisão judicial firme e definitiva exigência com conteúdo similar ao que no Brasil é exigido pelo advento do trânsito em julgado, ainda que as particularidades do sistema recursal brasileiro possam prolongar esse marco preclusivo final. Mas partilhamos da opinião de que, mesmo numa eventual dissonância entre as duas normas (o que não parece ser o caso), deve prevalecer aquela que se revelar mais favorável ao indivíduo,<sup>564</sup> somando-se a isso ainda a circunstância de que em matéria de direitos humanos, as decisões judiciais também se pautam pela vedação ao retrocesso.<sup>565</sup>

---

<sup>564</sup> Nesse sentido, o princípio *pro homine ou pro persona* projeta-se pela preferência da norma mais favorável, independentemente de hierarquia, que contenha uma maior proteção em favor do indivíduo ou a menor restrição de direitos possível; no âmbito interpretativo também a orientação é em favor do indivíduo, razão pela qual os direitos interpretam-se de forma expansiva, enquanto as limitações de forma restritiva. Assim: “Los Estados miembros de la CADH están vinculados por otros tratados de derechos humanos tanto regionales como universales. Dado que su derecho interno consagra una serie de derechos y garantías, cuando en una misma situación sean aplicables, tanto la CADH como otro u otros tratados y la ley interna del Estado, deberá de prevalecer la norma más favorable a la persona humana (principio pro persona)”. HUERTA, Gabriela Rodríguez. Normas de interpretación. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 874/876. Sobre uma necessária combinação do direito interno, constitucional e infraconstitucional, com o direito internacional dos direitos humanos em nome da humanização do processo penal, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>565</sup> A respeito da interpretação evolutiva dos direitos humanos, v. HUERTA, Gabriela Rodríguez. Normas de interpretación. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 873. Na CEDH, o art.

Em acréscimo ao que já fora dito, não se pode aplicar, no Brasil, uma proposta de culpa meramente fática, como se não houvesse no sistema brasileiro uma condição jurídica inafastável para conclusão pela culpa e pelo fim do processo. A culpa, como elemento jurídico indispensável para atribuição de responsabilidade deve ser aferida a partir da observação de um quadro normativo democraticamente estabelecido, o que implica a inarredável cautela de se aplicar a sanção penal somente após solucionadas todas as controvérsias jurídicas em causa.<sup>566</sup> É preciso ver a culpa como um conceito jurídico.<sup>567</sup>

Ao afirmar que a presunção de inocência como princípio reitor do processo penal brasileiro está diretamente ligada ao conceito jurídico de culpabilidade, PRADO afirma, a partir de Bacigalupo, “que o modelo norte-americano de processo penal, aparentemente paradigmático e inspirador das modificações pretendidas, é o do ‘controle social do delito’”, que atribui ao processo penal uma finalidade de controle e combate ao delito. Segundo o autor, o modelo de controle social opera com um conceito operacional de culpabilidade fática diverso do adotado no Brasil que, calcado na presunção de inocência, adquire um caráter jurídico.<sup>568</sup>

O transplante irrefletido dessa compreensão de modalidade de culpa fática para o ordenamento brasileiro, como método de abordagem para o que seriam os recursos defensivos obstativos do exercício punitivo, descuida da importante repercussão que as controvérsias jurídicas travadas no âmbito das esferas recursais extraordinárias projetam sobre a presunção de inocência.<sup>569</sup>

A rigor, muitas manobras utilizadas para abreviar o processo penal, com um significativo recorte do que vem a configurar o devido processo, são corriqueiramente oferecidas em nome de uma pretensa eficiência do sistema criminal e para garantir o

---

53 assenta a ideia de interpretação evolutiva e progressiva dos direitos humanos, com inserção da cláusula de não regressão. Nesse sentido, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21/22.

<sup>566</sup> “A afirmação dessa culpa só pode se dar por meio das regras do devido processo legal. Com outras palavras, a afirmação da culpa (em sentido lato) é uma conclusão acerca da tipicidade, ilicitude e de culpabilidade daquele concreto acusado, alcançada por meio de um devido processo legal, no âmbito do qual se tenha obtido a comprovação empírica de todos os pressupostos da pena. Disso deriva que a discussão sobre qualquer um desses pressupostos impede uma afirmação definitiva de culpa daquele acusado por aquele fato concreto. Daí que a exigência constitucional de definitividade do juízo de culpa para a aplicação da pena só possa se dar quando não estejam sendo mais discutidos esses pressupostos, o que independe de o recurso admitir ou não a discussão de fatos ou provas, e ter ou não efeito suspensivo”. ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, 2018, pp. 709-730, p. 721.

<sup>567</sup> PRADO, GERALDO. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: **Boletim do IBCCrim**, n. 277, dezembro de 2015. O artigo foi incluído o Boletim específico para análise do Pacote de medidas apresentado pela PGR e popularmente conhecido como Dez Medidas contra a Corrupção.

<sup>568</sup> Ibid.

<sup>569</sup> Ibid.

“funcionamento” e a “credibilidade das instituições”<sup>570</sup> como uma resposta enérgica à “impunidade” que “grassaria” nos fóruns brasileiros.<sup>571</sup> Com alguma frequência, aliás, inclusive no STF, alguns julgadores ministram doses estratégicas de notícias sobre casos atípicos e efetivamente absurdos de processos que se arrastam por anos sem uma conclusão.<sup>572</sup>

No entanto, na medida inversamente proporcional, ocultam casos igualmente indesejados de pessoas tardiamente reconhecidas como inocentes que experimentaram por anos prisões indevidas<sup>573</sup> com frequência justificadas retoricamente pelas inúmeras vias ilegítimas integradas naquela hipótese “curinga” da garantia da ordem pública, dentre as quais, sobejamente utilizada a execução antecipada da pena.<sup>574575</sup>

A temática ainda é objeto da PEC 199/2019 em trâmite na Câmara dos Deputados. Inicialmente apresentada com a pretensão de substituir o recurso extraordinário pela ação rescisória extraordinária e o recurso especial pela ação rescisória especial, no estágio atual conta com substitutivo apresentado pelo deputado Fabio Trad em 08-09-20, relator da proposta na Comissão Especial destinada a analisar o projeto. Nas alterações sugeridas, o deputado cogita manter os recursos extraordinário e especial, apenas ressaltando que eles não obstam o trânsito

---

<sup>570</sup> A propósito, são reveladores os debates envolvendo principalmente as manifestações do ministro Gilmar Mendes e da ministra Carmen Lúcia nos julgamentos do HC 125.555/PR e do HC 127.186/PR, ambos envolvendo réus no âmbito da Op. Lava Jato ainda no ano de 2015. Entretanto, a virada jurisprudencial não viria em casos da famigerada operação, mas numa situação envolvendo réu condenado a crime de roubo com arma de fogo oriundo de São Paulo, com a peculiaridade complementar de que a prisão fora decretada em acórdão de julgamento de apelação da própria defesa.

<sup>571</sup> E como adverte LOPES JR a execução antecipada da pena não resolve nenhuma causa da demora de prestação jurisdicional, atualmente motivada pela inflação de processos num país de dimensões continentais como o Brasil. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 631.

<sup>572</sup> Em audiência pública realizada no dia 13.09.16, na Câmara dos Deputados, em razão do PL 4850/2016, o advogado Augusto Botelho, representando o IDDD, comenta sobre alguns casos folclóricos normalmente utilizados para denunciar a interminável tramitação de processos criminais no Brasil (caso Pimenta Neves, Roger Abdelmassih, entre outros), chamando a atenção para um fato importante. Enquanto acusação e defesa têm prazos para se manifestar, o judiciário continua sem qualquer sanção para a inércia que toma conta dos processos. Boa parte desses casos folclóricos pode ter tido uma contribuição significativa do próprio PJ para a morosidade. Ou seja, muito da eficiência que se cobra hoje passa pela recuperação da estrutura do Judiciário e não necessariamente pela restrição de direitos fundamentais.

<sup>573</sup> Dentre os quais, um dos casos mais extremos talvez seja, de fato, o de Marcos Mariano da Silva, que ficou preso por aproximadamente 13 anos, sem nunca ter sido sequer processado, vindo a contrair tuberculose, cegueira, e falecendo alguns anos após a obtenção da liberdade que nunca lhe devia ter sido retirada. Sobre o caso, v. (REsp 802.435/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 253).

<sup>574</sup> O recurso sistemático a esses casos mais extremos não é exclusividade de julgamentos em Tribunais. Colhe-se também na doutrina. Nesse sentido, por exemplo, v. BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: Em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília, TJDF, 2015, p. 103 e ss; RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. Natal/RN: Motres, 2019, p. 121 e ss.

<sup>575</sup> Segundo dados do CNJ apresentados nessa dissertação (V. Cap. III, item 3.2), em outubro de 2020, aproximadamente 192.000 pessoas cumpriam pena em caráter antecipado.

em julgado da sentença após decisão de segunda instância – estendendo esses efeitos para todos os ramos do direito (civil, penal, trabalhista, etc).

Com efeito, os argumentos tecidos acima partem do pressuposto de que os recursos extraordinário e especial atualmente compõem o devido processo e impedem o reconhecimento do trânsito em julgado diante da aptidão de ambos para alteração do resultado da decisão penal. Não há um ingresso no debate mais específico sobre se há ou não necessidade de reforma do microsistema recursal e quais seriam as alterações, embora essa reforma seja frequentemente defendida por substancial parcela da comunidade jurídica. Em todo caso, eventual alteração nessa matéria, sobretudo no que impactar o trânsito em julgado, deve ser realizada pelo Congresso Nacional (arts. 22, I e 48, CF/88).

Um comentário apenas para finalizar esse ponto: o cenário atual aponta para os desdobramentos existentes em matéria de controle de STJ e STF sobre critérios de comprovação da responsabilidade penal de alguém que venha a ser condenado criminalmente. É recomendável que um novo marco definitivo para essa comprovação, ainda que venha a ser definido pelo Congresso, não seja indiferente às características de um sistema judicial ainda fortemente marcado por uma resistência à atmosfera constitucional oriunda da CF/88, naquilo que STRECK chama de baixa constitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade.<sup>576</sup>

Em síntese, as considerações agora acrescidas àquelas anteriormente apresentadas a respeito da inafastável relação entre presunção de inocência e trânsito em julgado da decisão penal condenatória<sup>577</sup> parecem suficientes para refutar algumas das mais significativas estratégias até então invocadas para tangenciar a exigência constitucional de trânsito em julgado

---

<sup>576</sup> Aliás, em julho de 2020, durante evento acadêmico, Rogério Schiatti CRUZ chamou atenção para o fato de o TJ/SP mostrar-se resistente à aplicação da jurisprudência consolidada pelo STJ, implicando num alto grau de pedidos da defesa providos pelo Tribunal em Brasília. **Ministro Schiatti critica ‘medidas de forças’ do TJ-SP com tribunais superiores.** Revista Consultor Jurídico (CONJUR). 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/ministro-critica-medicao-forcas-tj-sp-tribunais-superiores>. Acesso 27 set. 2020; Crítica similar já havia sido feita em outro evento pelo então Presidente do STJ, João Otávio de NORONHA. **Presidente do STJ repreende TJ-SP por ignorar súmulas e não conceder HC.** Revista Consultor Jurídico (CONJUR). 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc>. Acesso 27 set. 2020. Também sobre o descompasso marcante entre decisões do TJ/SP e decisões do STJ e STF, v. **Panaceia universal ou Remédio Constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores.** Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil do Ministério da Justiça, sob a coordenação do professor Tiago Bottino. Disponível em [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago\\_55\\_finalizada\\_web.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf). Acesso em 12.10.20. Note-se, a propósito, o dado apresentado pelo professor Tiago Bottino no 21º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCcrim: quase 45% dos HCs que chegaram ao STJ entre 2008 e 2012 são oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Considerado apenas o crime de roubo, o percentual de impetração para rever o regime inicial de cumprimento da pena é 21,8%. Quando analisadas as taxas de concessão para SP, verifica-se uma taxa média de 32,9%. Para os crimes de roubo a taxa sobe para 44,7% e para o reconhecimento de erro na fixação do regime inicial de cumprimento de pena a taxa chega a 62%. Merece relevo que atento a essas circunstâncias, o relator da PEC 199/2019 propõe ao STJ a prerrogativa de editar súmulas vinculantes.

<sup>577</sup> V. Cap. II, Item 2.2.5.

como fator condicionante da legitimidade de qualquer sentença penal condenatória apta a imprimir a alguém tratamento de culpado.

Isso nos leva ao segundo problema anunciado acima, a natureza e a finalidade da prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Se durante muito tempo houve grande polêmica em torno da matéria,<sup>578</sup> pode-se admitir de que desde pelo menos 2008 esse ponto teve uma sensível redução de complexidade em razão da redação dada ao art. 387, § 1º, CPP, pela Lei 11.719/08 e ao art. 492, I, e, pela Lei n.º 11.689/08. Trata-se de uma prisão preventiva e, portanto, sujeita ao microssistema das prisões cautelares.<sup>579</sup>

A matéria foi agora reforçada pela recente alteração realizada no art. 283, CPP, tendo a Lei n.º 13.964/2019 expressamente delimitado os três tipos de prisão admitidas: em flagrante delito, prisão *cautelar* ou em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado.<sup>580</sup>

A essa altura, já devidamente delimitada a noção de prisão cautelar compatível com a presunção de inocência e a compreensão de trânsito em julgado igualmente conciliável com a garantia fundamental multicitada, surge como evidente a incompatibilidade de qualquer modalidade de prisão automática decorrente de sentença ou acórdão penal condenatórios ainda passíveis de recurso – no caso de acórdãos, independentemente de julgamento originário ou

---

<sup>578</sup> Segundo JARDIM, sob o ordenamento jurídico que ainda mantinha vigente os arts. 393, I, 594, 637 e 669, I, CPP, a sentença condenatória recorrível era título autônomo de fundamento da prisão e a prisão, nesse caso, ostentava uma natureza satisfativa e não cautelar. Para o autor, não havia óbice imposto pelo princípio da presunção de inocência à execução provisória da pena, porque a garantia processual destinava-se essencialmente ao âmbito probatório, atribuindo ao órgão acusador o ônus probatório e vedando presunções desfavoráveis ao réu em caso de dúvida. No entanto, a prisão em decorrência de uma sentença penal não estaria baseada em presunção de culpa, mas num juízo de certeza sobre a responsabilidade do sujeito. JARDIM Afranio Silva. **Direito processual penal**. rev. atual. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 265/279. Entretanto, diante de normas vigentes distintas das que levaram o autor a tais conclusões, ele reviu seu posicionamento, vindo em 2018 a relembra sua posição anterior, mas advertir que a revogação dos arts. 393 e 594, seguida da alteração do art. 283 do CPP, impedia a execução provisória da pena. JARDIM, Afranio Silva. **Execução provisória da pena de prisão no processo penal. Nosso atual entendimento**. Empório do Direito. 2018. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/execucao-provisoria-da-pena-de-prisao-no-processo-penal-nosso-Atual-entendimento>. Acesso em 18 out. 2020.

<sup>579</sup> Nesse sentido, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 103; LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 728/731; MORAES admite que a alteração dos arts. 387 e 413 pela reforma processual de 2008 trouxe mais clareza à questão, submetendo as prisões decretadas na sentença aos pressupostos, requisitos e finalidades da prisão preventiva, tal como estabelecida no art. 312, CPP. No entanto, ainda que o autor afirme como regra a natureza processual dessa prisão, ele admite, em casos excepcionais, que ela tenha justificção material para decretação, devendo-se recorrer nesse caso à sua opinião sobre prisão para garantia da ordem pública já apresentada anteriormente. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 446/447.

<sup>580</sup> Destaque-se ainda que o Projeto de CPP em tramitação no Congresso Nacional refere-se expressamente aos requisitos para prisão preventiva para eventual decreto de prisão proferido tanto na sentença condenatória em procedimento comum, quanto em procedimento de júri (arts. 404, I, “e”, 423, parágrafo único).



recursal. Incluem-se aí prisões decretadas com base em argumentações genéricas e desprovidas de fundamentação judicial, bem como aquelas de presunção legal de periculosidade, como a modalidade de execução antecipada da pena igual ou superior a 15 anos de reclusão no Tribunal do Júri, incluída no art. 492, I, *e*, CPP,<sup>581</sup> com redação dada pela Lei n.º 13.964/2019, ou quaisquer outras tentativas legais de vedação do direito de apelar em liberdade, como, por exemplo, o art. 59 da Lei n.º 11.343/06.

A contradição da medida introduzida no fim de 2019, ainda um resquício do chamado “Pacote Anticrime” do ex-Ministro de Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, vem à tona não só pela manifesta incompatibilidade com o conteúdo constitucional do princípio da presunção de inocência, mas também pela incongruência entre essa modalidade de prisão e a vedação expressa de antecipação de cumprimento de pena aposta ao art. 313, § 2º, CPP pela mesma Lei.

As noções desenvolvidas para o princípio da presunção de inocência são aqui contrapostas também àqueles argumentos que buscam justificar a prisão decorrente de sentença penal condenatória como de natureza processual, seja em razão da garantia da aplicação da lei penal, seja em razão de garantir a ordem pública.<sup>582</sup>

No primeiro caso (aplicação da lei penal), não se trata de impedir a qualquer custo a prisão, já que, eventualmente, pode se fazer necessária a medida cautelar. Entretanto, a ausência de motivação específica no caso concreto revelando a necessidade de acautelamento da efetividade do resultado do processo (risco de fuga) é que torna inválida a prisão. A prisão preventiva decretada ou mantida na mesma sentença condenatória que analisa o mérito está revestida das particularidades inerentes ao microsistema cautelar.

A propósito, retomando uma observação anterior, a possibilidade de decretar uma prisão preventiva ao proferir uma sentença de mérito não implica na confusão entre este juízo e o juízo cautelar. Que a cognição cautelar se utilize, sobretudo depois de proferido juízo de mérito, de manifestações prévias sobre a questão de fundo,<sup>583</sup> não significa desrespeito ao princípio da

---

<sup>581</sup> Sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena introduzida nesse dispositivo, v. LOPES JR, Aury, *op. cit.*, p. 632; GIACOMOLLI, Nereu José, *op. cit.*, p. 16; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/319Dz9s>. Acesso 04 ago. 2020.

<sup>582</sup> Nesse sentido, por exemplo, o voto do Min. Roberto Barroso no HC 126.292/SP, já mencionado; conferir também HC 68726, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209.

<sup>583</sup> Aliás, como ressalta a doutrina, com o juízo condenatório fica comprovado o *fumus comissi delicti*. Nesse sentido, v. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 728; GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 103.

presunção de inocência, mas sim seu cumprimento, desde que legitimamente justificada a necessidade da privação da liberdade naquele momento processual e em razão de fatos novos ou contemporâneos ao proferimento da decisão.

As tentativas de criar uma espécie de presunção *judicial* de perigo em razão da simples prolação de juízo condenatório, para além das questões lógicas que se colocam (p. ex., até a sentença não havia perigo, mas agora há), parecem responder justamente àquela carência de fundamentos técnicos para justificar a prisão preventiva de que fala IBÁÑEZ.<sup>584</sup> E ainda que presentes razões confessáveis para a prisão, porque legais (hipóteses previstas em lei), restaria a dificuldade de compatibilizá-las com a presunção de inocência, como adverte o autor.

No caso de garantir a ordem pública por meio da prisão decorrente de sentença penal condenatória se aplicam todas as observações já apresentadas para essa modalidade de prisão.<sup>585</sup> E mais, evidentemente não é possível sobrepor ao direito à liberdade interesses que, sob roupagem de bens de interesse público embalados no rótulo de ordem pública como protótipo de segurança, expressam na prática muito mais preocupações de dignidade menor, voltadas à preservação (ou melhor, à tentativa de recuperação) de uma imagem de Poder Judiciário contaminada por uma perspectiva corporativista e fundida com discursos ancorados na ideia única de defesa social e desconectada das funções essenciais da jurisdição constitucional (tanto faz se difusa ou concentrada), estas sim, que se majoritariamente cumpridas, poderiam elevar aquela credibilidade das instituições a que tanto se recorre para violar direitos individuais no processo penal.

Em perspectiva semelhante, também a prisão automática decorrente de pronunciamento condenatório pelo conselho de sentença no júri carece de amparo constitucional por violar

---

<sup>584</sup> Lembrando que para o autor espanhol são as próprias tentativas de justificação legal da prisão preventiva que padecem de fragilidades teóricas. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. **Cuadernos de derecho judicial**. España, 1996, n. 18, p. 13-46. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=556863>. Acesso 20 ago. 2020.

<sup>585</sup> A propósito, como bem asseverado por ESTELLITA, a simples transmutação da prisão como execução antecipada para uma preventiva em nome da garantia da ordem pública pode constituir uma burla operada por um jogo de linguagem. A prisão automática para garantir a ordem pública em caso de condenação por crimes graves, por exemplo, afronta também a exigência constitucional de fundamentação cautelar para restrição da liberdade prevista no art. 5º, LVI, CF. ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, 2018, pp. 709-730, p. 726. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/141/125>. Acesso 03 set. 2020.

explicitamente a presunção de inocência, apesar de o entendimento já ter sido veiculado em decisão da 1T do STF no HC 118.770<sup>586</sup> e acolhido parcialmente pela Lei n.º 13.964/2019.<sup>587</sup>

A soberania dos veredictos em nada afeta a possibilidade de recurso, inclusive com previsão expressa quanto ao teor da decisão no art. 593, III, *d*, CPP, sem prejuízo de se recorrer às instâncias extraordinárias. Argumento que busque na soberania do júri algum tipo de sobreposição absoluta da manifestação plenária em detrimento dos direitos individuais do acusado esbarra na gênese dos direitos fundamentais, vocacionados essencialmente à proteção inclusive contra posições amplamente majoritárias.

Com ainda mais razão, no caso do júri, o trânsito em julgado da sentença condenatória deve ser respeitado, posto que ao não se imiscuir, em regra, no mérito do caso, a função jurisdicional legitimamente exercida circunscreve-se exatamente na garantia de um devido processo legal – esse entendimento reduz ainda mais a ideia de devido processo legal daqueles que vinculam a presunção de inocência ao duplo grau de jurisdição, já que ao executar antecipadamente a decisão do Conselho de Sentença nem mesmo uma segunda análise pelo Tribunal de Justiça ou Regional Federal é proporcionada.

Por fim, há de se observar que o conteúdo da presunção de inocência também se impõe sobre quaisquer previsões legais que tentem, por recursos linguísticos, reverter a regra da liberdade, atribuindo ao juiz o dever de fundamentar se o réu tem o direito de apelar em liberdade em caso de sentença condenatória. Trata-se de perversão da regra da liberdade, transmutada indevidamente em exceção.

Disposição desse jaez constava no art. 3º da Lei n.º 9.613/98, submetido em tempo a uma interpretação conforme a CF para que se declarasse que na análise da necessidade de prisão devia-se examinar se subsistiam ou passaram a existir os pressupostos e requisitos da prisão cautelar,<sup>588</sup> tendo sido o artigo posteriormente revogado pela Lei n.º 12.683/12.

---

<sup>586</sup> Na ocasião se tratava de réu condenado em júri e contra o qual fora fixada uma pena de 25 anos de reclusão, em regime inicial fechado. A justificativa da prisão estava na garantia da ordem pública, em virtude do abalo social e da credibilidade do Poder Judiciário. Quando o Min. Rel. Marco Aurélio implementou a liminar em fevereiro de 2016, o réu estava preso preventivamente há 9 anos, 5 meses e 21 dias. A decisão final, proferida pelo Colegiado em 07-03-2017, cassou a decisão liminar, não conhecendo da alegação de excesso de prazo nem da ausência de fundamentação para a manutenção da preventiva. (HC 118770, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 20-04-2017 PUBLIC 24-04-2017)

<sup>587</sup> Favorável à execução imediata da sentença condenatória em caso de júri, por exemplo, v. RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. Natal/RN: Motres, 2019, p. 132 e 217 e ss.

<sup>588</sup> “(...) 1. Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.613/98, mas, sim, de interpretação conforme à Constituição, para, se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar (...)” (HC 83868, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00334 RTJ

De fato, tratava-se aí de medida sensivelmente mais branda do que aquela anteriormente disposta no art. 594, CPP (revogada) e no art. 59 da Lei n.º 11.343/06, porque substituiu a obrigatoriedade da prisão para apelar por uma fundamentação judicial sobre o direito de apelar em liberdade. Logo se constata, portanto, que nos dois casos (prisão como condicionante e fundamentação para apelar solto) a privação da liberdade tinha tratamento como regra a ser seguida, ainda que na segunda hipótese, na Lei de Lavagem de Capitais, se abrisse um flanco para que a prisão fosse revogada.

Remanescem na legislação infraconstitucional duas previsões que precisam ser lidas sob a lente da presunção de inocência. Nem o art. 59 da Lei de Drogas nem o art. 2º, § 3º da Lei dos Crimes Hediondos, este com redação similar à do revogado art. 3º da Lei de Lavagem de Capitais, autoriza a determinação de prisão simplesmente em razão da manifestação condenatória da sentença ou como condicionante para exercício do direito ao recurso.

Sobre o tema BADARÓ pontua que a revogação do art. 594 adicionada à redação do art. 387, § 1º, buscara revestir a legislação processual geral do caráter normativo oriundo do princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição. Portanto, não caberia à legislação especial escapar da exigência de fundamentação da prisão preventiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sobre pena de transgressão aos princípios mencionados.<sup>589</sup>

Em síntese, o princípio da presunção de inocência, direito-garantia fundamental que se estende até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impõe uma obrigatória distinção entre prisão processual e prisão penal. Assim, a prisão, qualquer que seja o momento em que ocorra, quando não decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, deve estar fundamentada no microsistema cautelar, sob pena transgressão ao art. 5º, LVII, da CF/88.

---

VOL-00212-01 PP-00458 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 266-306 RMP n. 44, 2012, p. 187-220). Curiosamente, essa solução jurisprudencial para o caso da lavagem de capitais já constava no art. 31 da Lei n.º 7.492/86.

<sup>589</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 140/141. Em todo caso, vale mencionar que a Súmula 347 do STJ já dispensava a necessidade de recolhimento à prisão para conhecimento de recurso. E como diz BADARÓ, trata-se de entendimento ainda atual.

### 3.2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PODE A MEDIDA CAUTELAR SER DEFERIDA PARA EVITAR A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS?

As medidas cautelares diversas da prisão, ainda que eventualmente menos invasivas e aflitivas à liberdade, também se sujeitam a conformações em razão do princípio da presunção de inocência.<sup>590</sup> O microsistema cautelar orientado e limitado pelo direito-garantia fundamental em estudo desdobra-se na aplicação de princípios homogêneos tanto no que diz respeito à prisão preventiva, quanto na utilização das medidas legais hoje dispostas em grande número na legislação como substitutivas, alternativas ou precedentes ao encarceramento.<sup>591</sup> Dentre as finalidades atribuídas às medidas cautelares diversas da prisão, uma será objeto de análise neste tópico, a saber, aquela que busca evitar, nos casos expressamente previstos em lei, a prática de infrações penais (art. 282, I, parte final do CPP).

Efetivamente, a noção de tutela material subjacente à finalidade de evitar infrações penais por meio de medidas cautelares determinadas no processo judicial ou ainda durante o inquérito policial é intimamente relacionada à figura da garantia de ordem pública aposta no art. 312 do CPP e utilizada de forma ampla para justificar prisões preventivas. Como visto no tópico das prisões, uma das hipóteses para garantir a ordem pública tem sido a de evitar a reiteração delitiva.

Com efeito, as medidas cautelares diversas à prisão em boa parte foram incrementadas pela Lei n.º 12.403/11,<sup>592</sup> no âmbito de uma tendência latino-americana de reformas processuais

---

<sup>590</sup> “Quanto à diretriz constitucional, a presunção de inocência desempenha um papel crucial no caso das medidas de coação destinadas a limitar o direito de liberdade do cidadão porquanto, em sua complementaridade e interdependência com outras normas constitucionais, projeta uma escolha axiológica pelo “*favor libertatis*” (liberdade) e pelo “*favor dignitatis*” (dignidade da pessoa humana), ambos desdobramentos do “favor rei”. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 378.

<sup>591</sup> Segundo DELMANTO JR, espalham-se pelo CPP e por legislações esparsas, notadamente na Lei n.º 11340/06 e Lei n.º 9.503/97, pelo menos 21 medidas cautelares pessoais. DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Acesso em 03 out. 2020.

<sup>592</sup> “Contudo, até o advento da Lei 12.403/2011, não havia alternativas cautelares ao recolhimento ao cárcere. A prisão preventiva era a medida cautelar pessoal por excelência. O magistrado não possuía outra alternativa, além reconhecer a necessidade cautelar e decretar a prisão preventiva, com o recolhimento ao cárcere, ou deixar o sujeito em liberdade. A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, introduziu em nosso sistema jurídico-criminal outras medidas restritivas, diversas da prisão preventiva, quando presente exigência cautelar”. GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do código de processo penal brasileiro e a realidade latino-americana. **Revista Duc In Altum Cadernos de**

que buscavam diminuir o número elevado de prisões provisórias que marca(va)m os modelos inquisitórios de funcionamento do sistema judicial, pautado, em regra, pela privação da liberdade durante a investigação e o processo.<sup>593</sup>

Ainda que as reformas no continente tenham ocorrido em boa parte nos anos noventa e na primeira década do século XXI,<sup>594</sup> a reforma tardia realizada no Brasil foi inspirada por finalidade similar, pretendendo superar a dicotomia liberdade/prisão<sup>595</sup> com o implemento de medidas cautelares aptas a garantir o acautelamento do processo ou da investigação sem implicar na privação da liberdade do indivíduo, ainda que alguma dose de restrição de direitos seja inevitável.

Portanto, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão deveria se pautar pela concepção teleológica que lhes inspira, qual seja, a redução de danos à pessoa afetada, limitando a adoção de medidas restritivas de direitos ao estritamente necessário diante de uma situação que revele necessidade de acautelamento da investigação ou do processo,<sup>596</sup> atendendo em todo caso ao critério de proporcionalidade da medida (CORTE IDH), da necessidade e de adequação

---

**Direito**, v. 8, nº 14, p. 177-207, jan.-abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3iX3YGk>. Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>593</sup> DUCE, FUENTES, RIEGO observam que o contexto latino-americano em que se gestavam as pretensões de reformas processuais era marcadamente inquisitivo, caracterizado, dentre outros elementos, por previsões legais de prisões obrigatórias (*inexcusabilidad*), automáticas, prejuízos de culpa que orientavam prisões como forma de punições antecipadas, número elevado de prisões provisórias fazendo com que em muitos países o número de condenados presos fosse largamente inferior aos presos sem condenação, a figura dos juízes de instrução que utilizavam a prisão de forma pragmática, o formalismo do procedimento escrito que postergava em muito os processos e causava sensação de ineficiência do sistema, a existência puramente formal de defesa. DUCE, Mauricio J.; FUENTES, Claudio J.; RIEGO, Cristián R. La reforma procesal penal em América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: **Prisión preventiva e reforma processual penal en América Latina: Evaluación e perspectivas**. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2009, p. 18/20. Disponível: <https://bit.ly/36QIIRb>. Acesso em 03 out. 2020.

<sup>594</sup> Ibid, p. 39 e ss.

<sup>595</sup> A reforma processual introduzida pela Lei 12.403/11, com a previsão de um catálogo de medidas cautelares diversas à prisão, e sem prejuízo das medidas já previstas àquela altura em legislações específicas, buscara romper com a dicotômica perspectiva de liberdade ou prisão, criando uma série de possibilidades intermediárias entre os dois extremos, cuja aplicação depende da avaliação judicial no caso concreto. Nesse sentido, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 119 e ss; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 934; CRUZ, Rogerio Schiatti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 188; DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Acesso em 03 out. 2020.

<sup>596</sup> Aliás, o câmbio de paradigma legal que tenta atribuir à prisão preventiva e às medidas diversas função eminentemente cautelar, ao contrário de servir como antecipação de pena, marca as reformas processuais da América Latina. DUCE, Mauricio J.; FUENTES, Claudio J.; RIEGO, Cristián R. La reforma procesal penal em América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: **Prisión preventiva e reforma processual penal en América Latina: Evaluación e perspectivas**. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2009, p. 24 e ss. Disponível: <https://bit.ly/36QIIRb>. Acesso em 03 out. 2020.

(art. 282, I e II) ou, para usar a expressão da *Corte Costituzionale*, pelo didatismo de que se reveste, do “menor sacrifício necessário”.<sup>597</sup>

Como forma de evitar uma ampliação do espectro de atuação do poder punitivo estatal, as cautelares diversas da prisão precisam orientar-se por principiologia similar e atender a requisitos legais mínimos exigíveis às prisões.<sup>598</sup> Caso contrário, a se partir de patamar inferior àquele exigido para decreto de prisões, a inovação legislativa acaba por incorporar apenas novas estratégias de controle social em acréscimo à medida mais drástica e não em substituição a ela.

Por isso mesmo parte significativa da doutrina entende como indispensável para decretação de qualquer medida cautelar a presença do *fumus comissi delicti e periculum libertatis* à semelhança do que ocorre para as prisões preventivas. Especificamente em relação às finalidades, ao contrário do que dispõe o art. 312 do CPP (que prevê a ordem pública), as medidas cautelares diversas dispõem-se a assegurar a aplicação da lei penal, garantir a investigação ou a instrução criminal e, nos casos previstos em lei,<sup>599</sup> evitar a prática de infrações penais. Defende-se a ideia de que a medida cautelar diversa só poderá ser utilizada naqueles

---

<sup>597</sup> Princípio afirmado na *Sentenza* 299/2005, quando a Corte considerou inconstitucional norma presente no art. 303, *comma* 2, do CPP Italiano, optando por uma contagem global que incorpora, para análise do prazo máximo de duração da medida cautelar, o tempo em que o agente suporta a medida em outras fases do procedimento, ainda que diversas daquela para a qual o procedimento anulado é enviado novamente. Itália. Corte Costituzionale. **Sentenza n.º 299/2005**. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Redattore: Neppi Modona, 7 de luglio di 2005. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 29 nov. 20. Já na *Sentenza* 265/2010, discutia-se a constitucionalidade do art. 275, *comma* 3, segundo e terceiro períodos do CPP italiano, que trazia, dentre as previsões, uma presunção absoluta de cautelaridade em casos que envolvessem determinados crimes previamente estabelecidos e estabelecia a prisão cautelar como forma de atender a essa necessidade cautelar. A Corte entendeu que não se poderia admitir a presunção absoluta de cautelaridade a ser remediada com a prisão, mas que a presunção relativa da exigência cautelar era admissível, permitindo-se que fosse satisfeita com outras medidas cautelares ou afastada diante de provas contrárias que refutassem a necessidade de adoção de medidas cautelares. Itália. Corte Costituzionale. **Sentenza n.º 265/2010**. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Redattore: Frigo, 7 de luglio di 2010. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 08 out. 20.

<sup>598</sup> Em sentido contrário, RANGEL afirma que as cautelares têm autonomia em relação à prisão preventiva e podem ser aplicadas a quaisquer crimes, mesmo que, em princípio, não permitam a decretação de prisão preventiva. Evitar a aplicação autônoma das cautelares levaria, segundo o autor, ao absurdo de que pessoas que cometessem crimes com penas de até quatro anos jamais fossem presas, mesmo em caso de descumprimento de medidas cautelares. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 910.

<sup>599</sup> Merece destaque a esse respeito que a própria identificação de quais sejam os casos previstos em lei não é simples. Como diz CHOUKR “a análise da legislação, mesmo aquela que pode ser considerada como emergencial, demonstra a carência de previsão desse fundamento específico”. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, vol. 1, p. 654. Em todo caso, o art. 319 do CPP contém essa previsão expressa nos incisos II, VI e VII (caso de internação provisória). O art. 294 do CTB contém apenas uma referência genérica a ordem pública. O art. 22 da Lei n.º 11.340/06 não menciona expressamente a finalidade de evitar novas infrações penais, embora do conteúdo de várias das hipóteses ali presentes se possa deussumir tal finalidade. No entanto, o impedimento de novas infrações, no caso das medidas protetivas de urgência, em muitos dos casos se confunde também com a preservação e a integridade física e moral da vítima e de pessoas cujos depoimentos são importantes para a investigação ou instrução. Assim, acabam por significar uma efetiva cautelaridade eventualmente similar àquela prevista no art. 319, III, voltado à proteção de vítimas e testemunhas.

casos em que era possível a decretação da prisão, mas em razão da necessidade e adequação, deve-se optar pela medida menos afliativa desde que suficiente ao acautelamento.<sup>600</sup>

Como dito anteriormente, a ideia de evitar a prática de novas infrações penais povoa parte do imaginário jurídico e fundamenta a adoção de medidas cautelares pessoais, seja a própria prisão, sejam as medidas cautelares diversas. No entanto, a polêmica gravita em torno justamente dessa pretensão de tutela material. A doutrina, também aqui, parece dividir-se.

GIACOMOLLI adverte que as medidas cautelares diversas da prisão devem se destinar ao acautelamento do processo, guardando funcionalidade instrumental, posto que não “representam uma antecipação da tutela penal material, mas se situam na perspectiva de assegurar a instrumentalidade do devido processo penal (*instrumento do instrumento*), desde a fase preparatória do processo penal até a eficácia de seu resultado (aplicação da lei penal)”. São medidas imbuídas de tutela processual assecuratória e não antecipatória da tutela penal material, não ostentando funcionalidades satisfativas. Ademais, não visam obter a colaboração do sujeito.<sup>601</sup>

Em sentido similar, LOPES JR critica algumas das hipóteses previstas no art. 319, II, V e VI do CPP exatamente porque se revelam ou podem se revelar como medidas de tutela material, com visível função de prevenção especial, ao contrário de atender razões de ordem instrumental. No caso do art. 319, II, afirma que nasce com defeito genético porque “não se vislumbra tutela do processo ou de seu objeto, aproximando-se da problemática prisão preventiva para garantia da ordem pública, dado seu caráter de prevenção especial manifesto”; em relação ao recolhimento domiciliar, a eventual finalidade preventiva especial ou geral pode mostrar que a medida é censurável; quanto ao art. 319, VI, afirma que “não se tutela o processo ou seu objeto, aproximando-se tal medida a uma (ilegal) antecipação da função de prevenção especial da pena”.<sup>602</sup>

BADARÓ utiliza como critério de distinção essencial entre uma medida cautelar (natureza conservativa) e uma antecipação da tutela penal (natureza satisfativa) a finalidade ou o escopo almejado com a providência. Daí porque afirma que a previsão legal contida na parte

---

<sup>600</sup> Nesse sentido, dentre outros, LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 713 e ss; CRUZ, Rogerio Schiatti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 182 e ss; MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 284.

<sup>601</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 121/122.

<sup>602</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 717/721.



final do art. 282, I, CPP, no que reveste a finalidade de evitar a reiteração criminosa como própria da medida cautelar é incompatível com o princípio da presunção de inocência porque não se revela qualquer pretensão conservativa necessária ao processo. Não se pode admitir que uma medida travestida de cautelar tenha uma finalidade própria da condenação criminal representada pela pretensão de evitar a reiteração criminosa, escopo próprio da função preventiva da pena.<sup>603</sup>

GOMES FILHO é igualmente crítico à previsão inserta no art. 282, I, CPP. Segundo o autor consagra-se aí uma nítida finalidade de prevenção especial incompatível com a presunção de inocência. Não se permite que finalidades extraprocessuais justifiquem a adoção de medidas cautelares e isso se agrava na medida em que a prevenção especial supõe “não só essa antecipação do julgamento, mas também um prognóstico sobre a prática de crimes futuros”.<sup>604</sup>

A medida cautelar para evitar novas infrações penais, como diz DELMANTO JR, implica numa dupla presunção: primeiro, a de que o sujeito cometeu a infração que lhe é imputada ou da qual é suspeito e, em segundo lugar, a presunção de que ele, totalmente livre, cometerá outras infrações penais. Essa é a conclusão a que se chega quando se analisam os comentários do autor sobre o tema. Primeiro, o art. 319, II, revela-se como medida apta à substituição da prisão para garantia da ordem pública, mas esta pressupõe a dupla presunção já apontada, o que viola a presunção de inocência; sofre do mesmo problema a medida prevista no art. 319, VI, já que a suspensão de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira é semelhante a uma das penas restritivas de direito do art. 47, II, do CP. A pretensão de evitar a prática de novas infrações no cargo ocupado ou na atividade profissional decorre da mesma dupla presunção própria da garantia da ordem pública. Conclui o autor: “A nosso ver, impossível conciliar essa medida com a garantia constitucional da desconsideração prévia da culpabilidade ou presunção de inocência do art. 5º, LVII, da *Magna Carta*”, em razão do caráter de punição antecipada como desdobramento da prevenção especial, finalidade da pena.<sup>605</sup>

NICOLITT é outro crítico do que considera uma confusão realizada pelas pretensões satisfativas que se buscam com algumas medidas cautelares. Para o autor, o processo penal

---

<sup>603</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1040/1043.

<sup>604</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão processual na Lei 12.403, de 2011. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (org). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartien Latin, 2012, p. 444.

<sup>605</sup> DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Acesso em 03 out. 2020.

cautelar<sup>606</sup> é instrumental e não está destinado a satisfazer outras finalidades que não a tutela do processo de conhecimento ou de execução. Em suas palavras, “qualquer forma satisfativa de tutela jurisdicional, sob o nome cautelar, viola a presunção de inocência”, de forma que tais finalidades transformam-se em antecipação de pena. Por isso mesmo o autor não admite como válidas para justificar medida cautelar a finalidade de evitar a prática de infrações penais, ou tutelar a ordem pública, o clamor público e outras pretensões que se confundem com controle social e não com o processo. Partindo desses pressupostos teóricos, afirma que a medida do art. 319, II, do CPP não tem finalidade cautelar porque destinada à tutela da ordem pública em sua projeção de evitar novas infrações. Na hipótese do art. 319, VI, afirma que a finalidade de prevenção especial associada à possível reiteração de práticas criminosas é incompatível com a natureza cautelar. Propõe uma leitura adequada à CF/88 que recomende a cautelar quando haja “fundado receio de que o agente, valendo-se de sua função ou atividade, destrua documentos, intimide testemunhas ou altere situações fáticas”. Ademais, a manutenção da finalidade de evitar crimes seria possível se lido no sentido de que as infrações de que se tem justo receio possam interferir na prova, tais como coação no curso do processo (art. 344, do CP), fraude processual (art. 347 do CP), sonegação de papel ou objeto probatório (art. 356 do CP), revelando a necessidade de garantir a instrução criminal, única estratégia viável para legitimar o dispositivo por meio de uma interpretação conforme.<sup>607</sup>

Em posição oposta normalmente se encontram autores que atribuem ao microsistema cautelar a finalidade de evitar a reiteração delitiva ou a prática de infrações penais como justificativa válida para prisões em nome da garantia da ordem pública ou mesmo econômica.<sup>608</sup> De fato, se admitem a finalidade para prisões, com razão a admitem para medidas cautelares que se mostram como alternativas menos aflitivas da liberdade do sujeito.

---

<sup>606</sup> “Processo penal cautelar” é a expressão utilizada pelo autor e para os fins a que se destina a abordagem de sua opinião não há nenhuma relevância na discussão sobre se há ou não processo cautelar autônomo no âmbito processual penal ou se as medidas vigentes configuram instrumentos cautelares incidentais ao processo principal.

<sup>607</sup> NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: Prisão e demais medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://bit.ly/34uwmdv>. Acesso 29 ago. 2020.

<sup>608</sup> A experiência jurídica de outros países convive com hipóteses legais voltadas à tutela de direito material, notadamente quanto ao propósito de evitar a prática de novas infrações penais. No âmbito europeu, aliás, essa possibilidade consta expressamente no art. 5º, I, “c”, da CEDH, de modo que no continente a configuração das medidas cautelares tem um conjunto normativo com algumas diferenças e peculiaridades em relação ao brasileiro. Isso não significa que as medidas não tenham limitações como nos exemplos de Portugal e Itália. Na *Sentenza 265/2010* anteriormente mencionada, por exemplo, a *Corte Costituzionale* enfaticamente rechaça a possibilidade de medidas cautelares com a pretensão de conter o alarme social em razão de crimes. A propósito, segundo NICOLITT, parte significativa das medidas cautelares introduzidas no país pela Lei n.º 12/403/11 contam com similares em Portugal. *Ibid*.

Nesse sentido CRUZ afirma que, em comparação com os motivos ou circunstâncias previstas para prisão preventiva, a redação do art. 282, I, representou um avanço exatamente na medida em que circunscreve a expressão garantia da ordem pública a um conceito mais concreto e técnico, de evitar novas infrações penais.<sup>609</sup> Para o autor, tanto a prisão preventiva quanto as demais cautelares tem a potencialidade de tutelar os meios (atividade probatória) e os fins do processo penal - “a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente” - e, por fim, “a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais”. Ademais, ao contrário de se confundir com antecipação de pena, determinadas medidas cautelares, seja a prisão ou outras diversas da prisão, ainda que se equivalham a determinadas penas, são resultado de juízos e necessidades distintas: a cautelar decorre de um juízo precário e de probabilidade e volta-se a tutelar interesses dignos de proteção enquanto perdura o processo e para que os fins do processo possam ser alcançados, enquanto o juízo de mérito é de certeza.<sup>610</sup>

Assim, o autor afirma, por exemplo, que a medida cautelar prevista no art. 319, II, do CPP, ostenta um caráter visivelmente profilático ou preventivo, cuja finalidade é de defesa da sociedade, à semelhança da “função homóloga à desempenhada pela prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica”, embora com menos onerosidade.<sup>611</sup>

RANGEL é outro autor que reconhece a possibilidade de utilização das medidas cautelares com finalidade preventiva. Ao comentar o art. 319, II, do CPP relaciona a viabilidade legal da medida com a possibilidade de prisão para garantia da ordem pública. Compreende que o resguardo da ordem pública agora pode ser feito com medida menos gravosa ao indivíduo, razão pela qual não há qualquer inconstitucionalidade no fim de evitar o risco de novas infrações presente no dispositivo. Em suas palavras, “é uma realidade a qual não podemos fugir,

---

<sup>609</sup> No mesmo sentido, GOMES FILHO: “Mas é preciso reconhecer, por outro lado, que a fórmula introduzida pelo legislador de 2011 apresenta uma vantagem em relação ao texto do antigo art. 312 (reproduzido na Lei 12.403, é verdade, mas que merece nova interpretação, como se verá adiante). Ao dizer, no art. 282, inc. I, que as medidas cautelares poderão ser aplicadas quando houver necessidade, “nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais” a nova lei delimitou o conceito indeterminado de “garantia da ordem pública”, que permitia interpretações muito mais abertas, a ponto de ser determinada a prisão como apelo ao “clamor público”, a “pronta reação ao delito” etc, situações em que a prisão era imposta como forma e justiça sumária”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão processual na Lei 12.403, de 2011. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (org). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartien Latin, 2012, p. 444.

<sup>610</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 185 e 191, nota de rodapé 1.

<sup>611</sup> *Ibid*, p. 194.

qual seja: determinados indivíduos são nocivos a ordem pública, a paz e a tranquilidade social”, necessitando eventualmente ficar afastados de determinados lugares ou mesmo presos.<sup>612</sup>

A instrumentalidade das medidas cautelares, embora precipuamente ligada ao processo, segundo DEZEM, também pode voltar-se à tutela de direito material, tal como prevista no art. 282, I, CPP, desde que a relação subsidiária da cautelar com a finalidade material seja interpretada de maneira cuidadosa, a fim de evitar aplicações elásticas que acabem por violar a presunção de inocência como regra de tratamento. Nesse sentido, colhe-se na própria obra do autor o exemplo do art. 319, VI, em que, embora justificada a medida de afastamento cautelar de servidor público da função que exerce, esta deve limitar-se no tempo e para tanto, ele sugere a aplicação de outros critérios legais, como o art. 147 da Lei n.º 8.112/90 (60 dias, prorrogáveis uma vez); no caso de indivíduos detentores de mandatos eletivos, por exemplo, cogita a aplicação análoga do art. 86, § 2º, da CF (180 dias). Em sua concepção, é o limite de prazo que evita a antecipação dos efeitos de uma sentença consistente na perda da função pública.<sup>613</sup>

Diante das posições antagônicas apresentadas, há de se reconhecer que a perspectiva mais ou menos ampla que se tem do princípio da presunção de inocência interfere diretamente na compreensão e na admissão das medidas cautelares para objetivos metacautelares ou extraprocessuais, mas a composição normativa atribuída à presunção de inocência e exteriorizada neste trabalho é incompatível com a utilização das medidas cautelares diversas da prisão para atender a finalidades de tutela de direito material.

Na mesma linha do que consignado no tópico das prisões preventivas, a adoção da presunção de inocência como um direito-garantia fundamental exige compromissos teóricos e a compreensão como princípio impõe um comportamento condizente com as premissas lançadas anteriormente. Dentre as múltiplas diretrizes que o princípio encerra, projeta-se inevitavelmente aquela que impede a privação ou restrição de direitos de forma antecipada, ou seja, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, salvo hipóteses excepcionais orientadas pela principiologia cautelar.

Dada essa conformação normativa e axiológica ao princípio da inocência, admite-se, sempre como um custo estritamente necessário, a adoção de medida cautelar tendente a assegurar a higidez e a efetividade da investigação criminal ou da instrução criminal, além da aplicação da lei penal, guardando em todas essas hipóteses a necessária cautelaridade de que a medida deve se revestir.

---

<sup>612</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 936.

<sup>613</sup> DEZEM Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6º. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. *E-book*: Disponível em: <https://tmsnr.rs/33KpIkn>. Acesso em 09 out. 2020.

Ainda assim, é imperiosa a previsão legal de toda e qualquer modalidade de medida cautelar,<sup>614</sup> devendo o legislador atender no máximo possível uma gama de possibilidades que atentem para uma gradação de intensidade das limitações de direitos, permitindo que, diante das hipóteses legais, o juiz possa individualizar a medida necessária diante da situação concreta reveladora de perigo gerado pelo estado de liberdade do sujeito, partindo desde a mínima afetação até a prisão preventiva como máxima intervenção na esfera de liberdade pessoal.

Tal como assinalado anteriormente para as prisões, a avaliação da legitimidade da medida cautelar, agora diversa da prisão, deve ser escrutinada a partir da sua compatibilidade com a CF/88 e com a CADH, destacando-se os mesmos três campos distintos de análise: finalidade, função e efeitos.

Em síntese, enquanto a finalidade representa os fins a serem atingidos, a função opera como o meio a ser utilizado para neutralização do perigo, decorrendo daí efeitos diretos e indiretos da aplicação da medida. Assim, como a presunção de inocência traduz em linguagem jurídico-processual o estado de liberdade inerente à condição de ser humano ajustado (com limitações excepcionais) às peculiaridades de uma indispensável jurisdição criminal, esse direito fundamental será violado por uma medida cautelar que: a) não tenha finalidade de acautelamento processual ou de aplicação da lei penal; b) cuja função seja inapta ou excessiva em relação à finalidade pretendida; c) tenha efeitos diretos diferentes dos esperados e justificados (ou excessivos, ou inesperados). Em qualquer desses casos, a liberdade foi injustificadamente afetada pela medida.

Em relação ao item 'a' considerem-se as hipóteses pretensamente impeditivas de novas infrações penais. Seria difícil, por exemplo, encontrar justificativa cautelar para a suspensão do direito de dirigir prevista no art. 294, CTB, em razão da mencionada necessidade de garantir a ordem pública, ou o recolhimento domiciliar noturno porque o sujeito envolveu-se numa briga em uma boate (art. 319, V); no caso do item 'b', imagine-se, por hipótese, servidor público de uma vara judicial que tenha confeccionado fraudulentamente um alvará judicial para sacar valores de um processo, mas, descoberta a fraude, tanto os documentos falsificados quanto os equipamentos utilizados para fraude e CD com imagens de CFTV estão guardados, no interesse

---

<sup>614</sup> A doutrina tem sido incisiva ao defender a taxatividade das medidas cautelares e rechaçar a inadequada transposição do poder geral de cautela judicial do âmbito civil para o penal. Dentre outros, v. MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 287; GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 121 e ss; DEZEM Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6ª. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. *E-book*: Disponível em: <https://tmsnrt.rs/33KpIkn>. Acesso em 09 out. 2020.

da instrução, em depósito judicial no mesmo fórum. O justo receio de que o acusado venha a manipular o conteúdo ou mesmo suprimir documentos do local pode ensejar medida cautelar que apenas o proíba de acessar o local (depósito) diante da previsão do art. 319, II, do CPP, sendo desnecessária a suspensão do exercício da função pública prevista no art. 319, VI, do CPP;<sup>615</sup> em relação ao item 'c', por exemplo, a proibição de ausentar-se da comarca em razão da necessidade para investigação ou instrução pode gerar efeitos colaterais indesejados àquele que trabalha em outra cidade. Nesse caso, ou a medida é devidamente ajustada às peculiaridades ou deve ser substituída.

Como parece evidente, a delimitação das finalidades legítimas das medidas cautelares diversas da prisão segue a mesma “sorte” daquela utilizada para justificar as prisões preventivas. Enquanto a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, como critérios vagos e imprecisos que são, permanecerem como flancos abertos ao uso da medida mais grave, não há motivo razoável para negar a possibilidade de aplicação das cautelares diversas da prisão a fim de atender à mesma finalidade de modo menos drástico.

Essa constatação, se correta, revela uma espécie de paradoxo. Primeiro, a ala crítica opõe-se radicalmente ao uso das prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica; vencida no debate, acaba por ela própria, de forma estratégica, admitir as cautelares diversas da prisão para essa finalidade de tutela material, com o escopo de pelo menos reduzir os danos ao indivíduo. Essa postura mostra-se mais consentânea com os interesses dos suspeitos e acusados, pelo menos até o momento, mas circunscrita ao ambiente pragmático.

No ambiente teórico e para os fins a que se propõe esta reflexão, dado o conjunto normativo de que se parte com a presunção de inocência, as medidas cautelares não podem ser utilizadas com a finalidade de evitar a prática de infrações penais porque se confundem com os

---

<sup>615</sup> No exemplo, o art. 319, II, é utilizado para medida efetivamente cautelar ao processo, diante do fundado receio de que o acesso ao local possa permitir ao indivíduo a interferência no conjunto de evidências e provas coletadas. Não temos aqui também nenhuma pretensão de ingressar na seara da responsabilidade administrativa e das formas de contenção de eventuais crimes que estejam sendo cometidos pelo servidor. Em todo caso, merece relevo salientar que, por exemplo, o próprio art. 147 da Lei n.º 8.112/90 menciona o interesse cautelar ao processo como motivo para afastamento preventivo do servidor que responda a procedimento administrativo disciplinar, tendo por objetivo evitar que influa na apuração da irregularidade. De outro lado, não mencionamos o art. 319, VI como se ele fosse totalmente válido para a finalidade prevista no preceito. A leitura possível, sob o ponto de vista da presunção de inocência, admitirá a suspensão da função pública sempre que o exercício funcional puder dar azo à influência na investigação ou no processo em que o servidor está envolvido. No mesmo exemplo aí citado, caso não haja possibilidade de impedir o acesso do indivíduo, ou, na hipótese em que a manutenção do servidor em atividade permita que ele intervenha por meio de coações e outras estratégias ilícitas (acesso ao sistema de imagens, por exemplo) no andamento da apuração do caso, oportunizadas em razão do exercício profissional, a suspensão da função a fim de retirá-lo do local de trabalho pode ser medida necessária e de fato cautelar.

fins da pena dispostos no art. 59 do CP (tutela material, efeito preventivo geral e especial da pena).

A ausência de contornos mais rígidos ao uso das medidas cautelares pode gerar o fundado receio de um incremento das ferramentas punitivas e de controle social utilizadas pelo Estado para afetar a liberdade plena dos indivíduos. Com efeito, ao contrário de funcionarem como medidas postas no lugar da prisão a fim de reduzir o número de pessoas presas, acabam sendo utilizadas, no estágio mais degenerado de funcionamento do microssistema cautelar, como instrumentos complementares de afetação da liberdade, ainda que sob a roupagem discursiva de medidas alternativas ao encarceramento.<sup>616</sup>

Em todo caso, se considerados os dados abaixo, colhidos de Relatórios Analíticos do INFOPEN,<sup>617</sup> deve-se reconhecer que, desde a implementação da reforma das cautelares até dezembro de 2019, houve uma tímida redução do percentual de prisões provisórias (em torno de 3%), a despeito do aumento no número absoluto de presos sem condenação (de 164.683 para 229.823) e da taxa de aprisionamento para cada 100.000 habitantes (de 259,17 para 359,4), números impactados pelo crescimento populacional no país. Veja-se o quadro:

Figura 1 – Dados estatísticos do sistema carcerário brasileiro – amostragem anual aleatória

<b>Dados do sistema prisional com base nos Relatórios Analíticos do INFOPEN - MJSP</b>				
<b>Período do relatório</b>	<b>Núm. de habitantes</b>	<b>População carcerária</b>	<b>Presos provisórios (números absolutos e percentual)</b>	<b>Núm. de presos por 100.000 habitantes (taxa de aprisionamento)</b>
<b>12/2010</b>	191.480.630	496.251	164.683 (33,18)	259,17
<b>12/2011</b>	190.732.694	514.582	173.818 (33,77)	269,79

<sup>616</sup> Curiosamente, em outro sentido, o incremento legal de medidas cautelares diversas da prisão em sistemas jurídicos marcados por baixa efetividade no processamento e na conclusão dos casos criminais, gera um sentimento na comunidade que tende a fortalecer preconceitos em favor do uso generalizado da prisão preventiva como resposta à criminalidade. A má impressão causada pela concessão de liberdade aos suspeitos somada à sensação de insegurança provocada em parte por esse mesmo fenômeno, contribui para robustecer ambientes sociais resistentes a transformações no uso da privação preventiva da liberdade. DUCE, Mauricio J.; FUENTES, Claudio J.; RIEGO, Cristián R. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: **Prisión preventiva e reforma processual penal en América Latina: Evaluación e perspectivas**. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2009, p. 71/72. Disponível: <https://bit.ly/36QIIRb>. Acesso em 03 out. 2020.

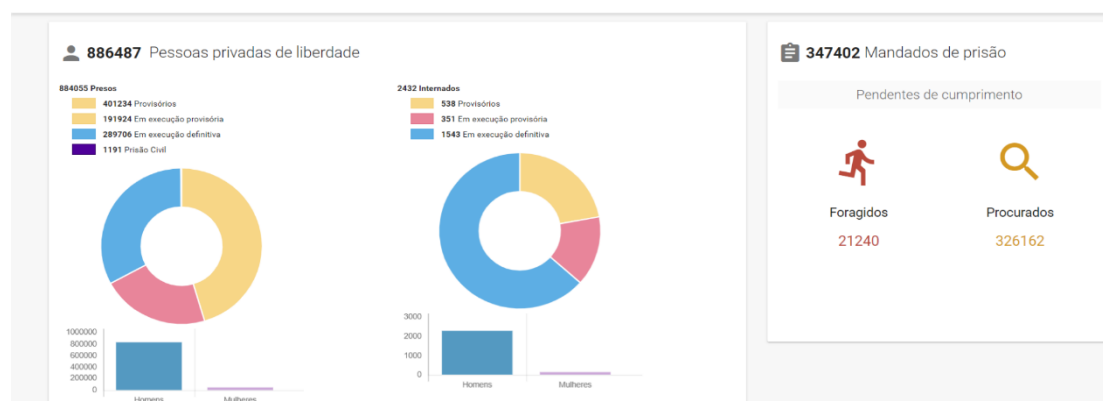
<sup>617</sup> Todos os relatórios consultados e mencionados na tabela (elaborada pelo autor) estão disponíveis no portal do MJSP. Brasil. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Outros Painéis interativos**. <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes>. Acesso em 11 out. 2020.

<b>12/2012</b>	190.732.694 <sup>618</sup>	548.003	195.036 (35,59)	287,31
<b>12/2014</b>	203.190.852	622.202	212.224 (34,10)	306,2
<b>12/2018</b>	208.493.066	725.332	242.133 (33,38)	356,95
<b>12/2019</b>	210.148.581	755.274	229.823 (30,43)	359,4

Fonte: o autor (2020)

Contudo, outra fonte estatística confiável é o CNJ<sup>619</sup> e revela números diferentes e importantes para ponderação. Aqui a base de dados fora consultada no dia 11-10-20 e contempla o período de 2020 não incorporado às informações do INFOPEN. De acordo com o monitoramento do CNJ havia na data consultada 882.864 presos no sistema penal, dos quais 209.310 sem qualquer condenação. Outros 191.924 cumpriam pena em regime de “execução provisória”. Considera-se relevante a informação de que existem pendentes 347.402 mandados de prisão, que, se cumpridos, causariam grande impacto no contingente da população carcerária. Veja-se:

Figura 2 – Monitoramento de pessoas privadas de liberdade – CNJ – outubro de 2020



Fonte: CNJ (2020)

Os dados acima não permitem saber se o microsistema cautelar em seu conjunto reduziu, aumentou ou se manteve estável, dado que a prisão é apenas uma das tantas medidas legais disponíveis, mas admite verificar que houve a mencionada redução e, portanto, uma contenção no aumento percentual das prisões provisórias ao longo dessa década, independentemente das oscilações por que passaram as estatísticas no período aferido.

Para os propósitos da exposição, se considerarmos somente o número de presos provisórios que não estão cumprindo pena em caráter provisório nos dados do CNJ, as prisões

<sup>618</sup> Nesse caso, o número de habitantes foi idêntico ao do ano anterior, sugerindo que pudesse haver alguma incorreção nos dados, o que teria impacto na taxa de aprisionamento. Mas como os dados têm um objeto apenas informativo a eventual inexatidão não traz maiores implicações.

<sup>619</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios de Estatísticas: Pessoas Privadas de Liberdade**. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Consulta em 11 out. 2020.



preventivas representariam 23,70% do total da população carcerária, revelando uma redução ainda maior do que a constatada com a análise dos números do INFOPEN.<sup>620</sup> No entanto, há de se ponderar que do número de mandados de prisão pendentes de cumprimento, possivelmente figuram prisões preventivas não realizadas, circunstância que deixa o cenário real indefinido. Também não se pode desprezar as circunstâncias da pandemia de Coronavírus<sup>621</sup> que levaram o próprio CNJ a editar a Recomendação n.º 62/2020,<sup>622</sup> com o objetivo de estimular exames mais rigorosos e reanálises da efetiva necessidade de decretação ou manutenção de presos provisórios no sistema carcerário, além de ponderações concretas que levem em conta quadro de saúde de presos suscetíveis a maior risco de agravamento das consequências em razão de comorbidades preexistentes.<sup>623 624</sup>

---

<sup>620</sup> O problema da execução antecipada da pena e o caráter provisório dessas prisões, que devem ser prisões preventivas, já foi objeto de análise em tópico específico, razão pela qual não incluímos a cifra nas ponderações ora propostas. Também descontamos do número total de presos, aqueles que estão privados de liberdade em razão de prisão civil.

<sup>621</sup> A pandemia foi reconhecida pela Organização Mundial da Saúde – OMS, em 11 de março de 2020. Também houve a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN veiculada pela Portaria n.º 188/GM/MS, em 4 de fevereiro de 2020; O Decreto Legislativo n.º 6, de 2020 reconheceu o estado de calamidade pública em razão da pandemia e também foi aprovada a lei geral de enfrentamento à pandemia, Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com alterações posteriores. Isso sem contar as inúmeras medidas e estratégias adotadas por todos os entes federativos e órgãos públicos em todas as esferas de governo e em todos os poderes, alcançando também inúmeras atividades privadas.

<sup>622</sup> Em particular, no que diz com a prisão preventiva, o art. 4º: “Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias; III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias”. Ainda no sentido de recomendar estratégias de enfrentamento à superpopulação carcerária por meio da adoção de medidas alternativas à prisão preventiva, sobretudo em tempos de pandemia, v. **Nota de Posicionamento da ONU**, de 31 de março de 2020. Organização das Nações Unidas. 2020. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC\\_Nota\\_de\\_Posicionamento\\_-\\_COVID\\_19\\_Virus.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Nota_de_Posicionamento_-_COVID_19_Virus.pdf). Acesso em 16 out. 2020; **Resolução n.º 1, 10 de abril de 2020**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2020. Disponível em: [https://www.oas.org/pt/Corte\\_IDH/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf](https://www.oas.org/pt/Corte_IDH/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf). Acesso em 16 out. 2020.

<sup>623</sup> A propósito dessa específica circunstância sanitária o CNJ publicou alguns relatórios sobre os efeitos decorrentes da publicação da Recomendação n.º 62/2020. Em relação a março e abril de 2020, com dados coletados entre 13 a 20 de abril, identificou a soltura de 3.466 presos em razão do atendimento às recomendações sanitárias; no segundo relatório, cujos dados foram obtidos entre 19 a 29 de maio, constatou a liberação de 8.194 presos provisórios devido a COVID-19. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Monitoramento CNJ** (Brasília, DF). Informações coletadas entre 13 e 20 de abril (Edição 1) e Informações coletadas entre 19 e 29 de maio (Edição 2). 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/monitoramento-cnj/>. Acesso em 14 out. 2020.

<sup>624</sup> Outro fato importante com potencial de influenciar no contingente carcerário em decorrência da pandemia de Coronavírus foi o julgamento do HC 568.693/ES pela 3ª Seção do STJ, em 14-10-20, determinando a soltura

Mesmo diante desse cenário em relação às prisões e, ainda que não se possa concluir estatisticamente pela ampliação do conjunto de cautelares aplicadas (prisões e outras medidas diversas), pode ser plausível cogitar-se de um incremento no uso de tais ferramentas alternativas diante da circunstância de terem assumido, segundo LOPES JR, o caráter de medidas autônomas impostas a delitos cujas penas eram inferiores a 4 anos.<sup>625</sup> Observação feita também por CHOUKR, para quem o conjunto de cautelares introduzidas pela Lei n.º 12.403/11 representou uma ampliação do âmbito de atuação do poder punitivo em razão de serem independentes de quantidade de pena prevista para qualquer tipo penal, excetuando-se apenas as contravenções penais.<sup>626</sup>

Por fim, mencione-se que o projeto de CPP em trâmite no Congresso Nacional incorpora as medidas cautelares hoje previstas no ordenamento jurídico além de propor inovações em matérias ainda não regulamentadas, como no caso de suspensão de atividade de pessoa jurídica (art. 596) e bloqueio de endereço eletrônico na internet (art. 606).<sup>627</sup>

Vale destacar que o art. 526 traz uma importante previsão legal ao assinalar a excepcionalidade das medidas cautelares, a taxatividade das hipóteses de aplicação, e resguarda a sua utilização como “meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil, ficando a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação”.

Num primeiro momento, portanto, parece sinalizar para uma mudança paradigmática no trato das finalidades das medidas cautelares pessoais, ao romper com a noção de evitar novas infrações penais, o que poderia ser confirmado, por hipótese, com a supressão da finalidade de

---

de presos que ainda estejam privados da liberdade em decorrência do não recolhimento do valor arbitrado a título de fiança. Segundo o voto condutor, do relator Sebastião Reis Junior, é inviável a privação da liberdade, sobretudo em tempos de pandemia, por questões que envolvam condicionantes patrimoniais. A despeito de o HC coletivo ter sido impetrado no estado de Espírito Santo, a 3ª Seção acolheu as observações do Relator no sentido de que as condições de insalubridade a que estão submetidos os presos brasileiros são semelhantes, independentemente da unidade federativa em que estejam. Habeas Corpus n.º 568.693/ES, Min. Rel. Sebastião Reis Junior. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202000745230](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202000745230). Acesso em 16 out. 2020.

<sup>625</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 715.

<sup>626</sup> “Assim, é possível afirmar que o atual sistema é francamente expansivo dos mecanismos de controle, não apenas porque oferece um leque significativo de medidas anteriores à prisão, mas, também, porque passa a incidir sobre todo o sistema jurídico penal de maneira muito mais incisiva”. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial. 7 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 651.

<sup>627</sup> Sobre as medidas cautelares no Projeto de CPP e as inovações aí contidas, v. GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado. As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do código de processo penal brasileiro e a realidade latino-americana. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 14, p. 177-207, jan.-abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3iX3YGk>. Acesso em: 11 out. 2020.

“evitar novas infrações penais” dos arts. 595 e 597 do Projeto, cujos similares atuais estão respectivamente apostos no art. 319, incisos VI e II, do CPP, ambos com pretensões de tutela de direito material.

Mas qualquer mudança mais substancial nesse tema dificilmente decorrerá da simples estratégia de transformação normativa dos parâmetros vigentes,<sup>628</sup> que com frequência resume as pretensões de reforma a um fetiche normativista despreocupado com as condições práticas de realização efetiva das mudanças desejadas.<sup>629</sup> É indispensável, dentre outros, um componente cultural que se reflita na aceitação generalizada de uma perspectiva de cautelaridade orientada pela presunção de inocência e numa abordagem do processo penal para além de simples mecanismo de distribuição e aplicação arbitrárias de parcelas de poder. Do êxito dessas transformações talvez dependa não só a consolidação de um microsistema cautelar moderado, mas uma necessária resistência a movimentos de contrarreforma.<sup>630</sup>

A presunção de inocência pode ser uma poderosa garantia contra o uso abusivo das medidas cautelares se for capaz de projetar-se como proibição de antecipação de tutela penal<sup>631</sup> para além do mero discurso vazio e das frases de efeito utilizadas em decisões judiciais. O próprio STF já reconheceu, por exemplo, a impossibilidade de realizarem-se descontos financeiros de servidores públicos denunciados em razão da presunção de inocência como

---

<sup>628</sup> Nesse sentido é que GIACOMOLLI chama a atenção primeiro para uma crença ingênua no quesito normativo como suficiente para enfrentar a situação caótica do sistema carcerário e o elevado número de presos sem condenação; em segundo lugar, o elemento cultural e da formação jurídica que deve romper as relações com bases de matriz autoritária da década de 40. A evolução científica e a CF/88 e os tratados internacionais exigem uma “transgressão da normatividade ordinária; abandono da concepção de que a prisão é a única medida cautelar; rompimento das perspectivas materiais, mormente a de antecipação de tutela penal com o recolhimento imediato à prisão”, dentre outras coisas. GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 137.

<sup>629</sup> Sobre o fetichismo normativista, v. BINDER, Alberto M. **La reforma de la Justicia Penal**: entre el corto y el largo plazo. In: Reforma de la Justicia Penal em América Latina.

<sup>630</sup> Como assinalaram DUCE, FUENTES, RIEGO, muitos foram os movimentos de contrarreforma que se levantaram em diversos países da América Latina buscando responder às reformas processuais que combatiam o uso generalizado das prisões. Assim, os autores identificaram comportamentos de mudanças legislativas que se afastavam da orientação inicial das reformas em busca de critérios e normativas que facilitassem, dirigissem e até obrigassem o uso das prisões preventivas, como nos casos citados de Colômbia, Equador e Paraguai, ainda que nos dois primeiros as Cortes Constitucionais tenham reagido às investidas dos contrarreformistas. DUCE, Mauricio J.; FUENTES, Claudio J.; RIEGO, Cristián R. La reforma procesal penal em América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: **Prisión preventiva e reforma processual penal en América Latina**: Evaluación e perspectivas. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2009, p. 57 e ss. Disponível: <https://bit.ly/36QIIRb>. Acesso em 03 out. 2020.

<sup>631</sup> “A grande e vulgar confusão que se faz em torno da utilização das medidas cautelares está na dificuldade de identificar a sua finalidade. É que a medida cautelar, consoante enfatizado, tutela o processo, e não o direito material envolvido, e presta-se a assegurar o seu curso regular, servindo-lhe de ferramenta, não de expediente para antecipação dos efeitos da eventual condenação”. GOMES, William Akerman. Principais temas abordados e fundamentos das ordens concedidas. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madeira; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Vasconcellos (org). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. *E-book*: Disponível em: <https://bit.ly/33OfwXV>. Acesso em 11 out. 2020.

impeditivo de antecipação de pena.<sup>632</sup> Basta aplicar, por integridade e coerência, o princípio da presunção de inocência também às medidas cautelares revestidas da mesma finalidade antecipatória de tutela penal dos descontos salariais devidamente invalidados.<sup>633</sup>

Em resumo, e respondendo à pergunta formulada no subtítulo: medida cautelar que tenha a finalidade de evitar a prática de infrações criminais, como desdobramento da ideia de manutenção de ordem pública, viola frontalmente o princípio da presunção de inocência, e, portanto, é inconstitucional e inconvencional.

### 3.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUAS CONEXÕES COM O TRATAMENTO DIGNO E À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COMO FORMA DE PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS NA INVESTIGAÇÃO E NO PROCESSO

Neste tópico apresentaremos algumas aproximações do princípio em estudo com outros direitos e garantias fundamentais naquilo que parecem de fato correlacionados, assim como alguns dos desdobramentos práticos. Destacamos, em particular, a correlação entre presunção de inocência, tratamento digno e direito a não autoincriminação, como elementos normativos aptos a incidir no uso de algemas, na condução coercitiva e em métodos clandestinos e ilegais de coleta de provas e depoimentos incriminadores.

A presunção de inocência é um direito-garantia fundamental de caráter jurídico-político que orienta a atividade do Estado em matéria criminal. Trata-se de uma opção constituinte que irradia efeitos tanto na fase de investigação quanto na fase processual (perspectiva endógena),

---

<sup>632</sup> Aliás, talvez um bom exemplo das contrarreformas esteja justamente no art. 595, § 1º, do Projeto de CPP, que autoriza o corte de vencimentos de servidor afastado cautelarmente, a despeito de não guardar nesse aspecto nenhuma cautelaridade ao processo, salvo alguma preocupação de ordem patrimonial. Mas a pretensão legislativa milita contra as decisões do STF já apontadas no Cap. II, item 2.2.4.

<sup>633</sup> A redação do art. 17-D, da Lei n.º 9.613/98, introduzido pela Lei n.º 12.683/12, prevê uma situação bastante confusa de “presunção legal de cautelaridade administrativa” ao determinar o afastamento automático das funções de servidor público que tenha sido indiciado por crimes atinentes à mencionada Lei. O afastamento automático seria posteriormente examinado pelo Poder Judiciário, sendo passível de ser revogado. Do que falamos até aqui sobre presunção de inocência, é possível concluir que se trata de medida absolutamente inaceitável. O dispositivo foi recentemente julgado inconstitucional pelo Plenário do STF na ADI 4911, j. em 23-11-20. Embora o debate, bastante restrito, no caso tenha se desdobrado em alguns outros princípios, a medida, sob a lente da presunção de inocência, é resolvida pelo exame de cautelaridade já mencionado, sendo completamente inaceitável qualquer presunção legal que procure afastar o exame casuístico de necessidade de aplicação da medida de afastamento do servidor. A questão levantada pelo Min. EDSON FACHIN, aliás, sobre ser admissível a aplicação de medidas cautelares no âmbito administrativo pouco tem a acrescentar à discussão do princípio. A rigor, pouco importa se medida administrativa no inquérito policial ou judicial, o princípio da presunção de inocência tem um núcleo que se projeta em qualquer desses âmbitos.

impondo uma rígida conformação da persecução penal que se deve pautar pela legalidade constitucional sem fazer do processo a pena antecipada e informal (tratamento indigno do inocente) e sem burlar as regras estabelecidas e previsíveis para construção da hipótese acusatória, do contraditório<sup>634</sup> e da ampla defesa, da produção probatória (violação à não autoincriminação) e da sentença de mérito (imparcialidade judicial). O respeito ao devido processo legal é, portanto, iluminado pela substancialidade constitucional emanada de várias garantias processuais, voltadas, em síntese, à tutela dos inocentes.

A dignidade não é prerrogativa nem direito exclusivo de quem se encontre na condição de investigado ou de acusado. Pelo contrário, erigida ao posto de um dos fundamentos do Estado brasileiro, pelo menos no plano ideal é inerente à condição de pessoa humana. No âmbito criminal, entretanto, não é exagero mencionar que se trata de um direito fundamental que alcança o indivíduo em toda persecução penal e se projeta justamente no tratamento de todo suspeito, acusado e mesmo condenado com a dignidade própria de um sujeito de direitos, e não simplesmente como um objeto sobre o qual incide o poder punitivo.

Assim, o tratamento digno dispensado ao indivíduo por parte dos agentes estatais deve se concretizar no respeito incondicional à qualificação desse sujeito como detentor de posições subjetivas exigíveis tanto no que diz respeito aos limites à atividade persecutória, quanto aos deveres de atuação em conformidade com a legalidade e com o conjunto de direitos que preenche de constitucionalidade essa atividade formal e materialmente vinculada. Em resumo: o Estado não deve intervir onde lhe é proibido; deve atuar se e quando lhe for permitido ou determinado, mas em qualquer caso condicionado pelos limites decorrentes da gama de direitos fundamentais que o vincula.

Nesse aspecto, a tutela do inocente exige que, diante da necessidade de uma investigação e de um processo penal, tenha-se em conta que o indivíduo deve receber tratamento adequado de sujeito de direitos, dentre os quais, o primeiro é justamente o de ser tratado sem pré-juízos de culpa e impedir qualquer aplicação de penas antecipadas; em segundo lugar, evitar ao máximo todo e qualquer constrangimento, restrição ou privação de direitos, limitando-se ao

---

<sup>634</sup> “La portata della presunzione d’innocenza, attualmente, si concentra dunque – per così dire – in una delle sue espressioni fondamentali: il diritto dell’imputato al contraddittorio”. ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 172. “A amplitude da presunção de inocência, atualmente, se concentra, portanto – por assim dizer – em uma de suas expressões fundamentais: o direito do imputado ao contraditório” (tradução do autor). Em 2015, em palestra realizada em Porto Alegre, o autor voltou a afirmar que não há jurisdição sem defesa e sem contraditório. ILLUMINATI, Giulio; CAPPARELLI, Bruna. O processo penal como “direito constitucional aplicado”. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito penal e política criminal. Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS; II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal; XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS. PUCRS, 2015, Porto Alegre, pp. 35/48.*

mínimo indispensável para que a persecução flua adequadamente; vedar peremptoriamente constrangimentos ilegais e sancionar sua prática.

A decisão de mérito com conteúdo condenatório está condicionada à existência de um processo penal e a legitimação dessa sentença ou acórdão que afasta a inocência de um indivíduo não pode ser obtida por meios ilegais e nem a qualquer custo. Conectam-se aqui presunção de inocência e direito à não autoincriminação porque ao inocente é dado o direito de resistir à formação de sua culpa,<sup>635</sup> seja passiva ou ativamente, e ele não pode ser coagido física ou moralmente a contribuir com a produção de provas que lhe prejudiquem e tampouco pode ser alvo de estratégias investigatórias e processuais farsescas, capciosas, enganosas, que lhe reduzam ou retirem a prerrogativa de sujeito de direitos.<sup>636</sup>

Como afirma QUEIJO, esse direito fundamental (não autoincriminação) visa a proteger o indivíduo contra os excessos do Estado, tanto em face de violências físicas quanto morais destinadas a compelir o investigado a cooperar na investigação de delitos, vedando também o emprego de métodos proibidos de interrogatório, de sugestões e de dissimulações.<sup>637</sup>

Trata-se também de uma garantia da liberdade que não se resume a uma concepção de direito fundamental de primeira geração calcada na ótica do interesse público contra o interesse privado; antes, pelo contrário, a garantia da não autoincriminação traduz um interesse público de legitimação da jurisdição por meio do respeito ao direito de defesa e ao devido processo legal.<sup>638</sup>

---

<sup>635</sup> “Embora aludindo ao *preso*, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e, ainda, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, § 2º), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação. Em decorrência disso, são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado, ou mesmo qualquer pessoa (inclusive a testemunha) a uma auto-incriminação”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113/114. Em sentido convergente, em Portugal: ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora 2006, p. 125.

<sup>636</sup> Situação inusitada ocorreu no Rio Grande do Sul, onde a 3ª Câmara do TJ/RS decretou a invalidade jurídica de uma escuta ambiental realizada no interior de uma delegacia de polícia. No caso, o suspeito fora preso no âmbito de uma investigação de um homicídio, mas ao ser interrogado negou a autoria do crime. A fim de imprimir maior eficiência à investigação, a autoridade policial representou ao juízo pela possibilidade de realizar escuta ambiental entre o preso e agentes policiais no interior da delegacia. Ao julgar o HC, os julgadores seguiram o voto do relator, então desembargador Nereu Giacomolli, e reconheceram que a estratégia policial não passava de um interrogatório sub-reptício que afrontava o direito ao silêncio. (Habeas Corpus Nº 70050386531, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/10/2012).

<sup>637</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **Direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:582349>. Base de Dados Saraiva Jur online mediante assinatura. Acesso 07 set. 2020.

<sup>638</sup> *Ibid.*

Por isso mesmo é que o suspeito ou acusado deve ser adequadamente informado de seus direitos, dentre eles, o de não ser obrigado a produzir provas contra si e de que do exercício desse direito não decorrerá prejuízo (art. 186, CPP).<sup>639</sup> Ademais, como projeção de um tratamento adequado ao sujeito, deve-se tornar clara a condição em que figura a pessoa do indivíduo (testemunha ou suspeito), sobretudo quando chamado a participar de algum ato de investigação ou processual:<sup>640</sup> ainda que nos dois casos se fale tecnicamente de inocente, é primordial oportunizar um devido esclarecimento do cenário para que, munido das informações possíveis no estágio em que se encontra o procedimento, o indivíduo possa decidir sobre as melhores estratégias, inclusive defensivas, se necessário.

Aliás, tratar alguém como inocente significa também respeito a suas estratégias defensivas e ao seu comportamento durante a investigação e o processo, sem que daí decorram consequências imprevisíveis, abusivas.<sup>641</sup> Com isso, as agências estatais garantem que o processo ao qual o indivíduo é submetido tenha um nível exigível de legitimidade capaz de justificar o exercício da jurisdição e evitam que o devido processo torne-se apenas num simulacro em nome da eficiência punitiva ou num processo propriamente punitivo com uma série de medidas privativas e restritivas de direitos sem fundamentação.

Portanto, em matéria penal, ainda que o princípio da presunção de inocência possa ser desenvolvido com relativa autonomia, há de se admitir que pouco ou nada adiantaria que se o previsse como direito fundamental e, uma vez instaurado o processo, e em nome da eficiência do sistema penal, fossem autorizadas medidas de conteúdo propriamente punitivo (eventualmente até mais graves que a própria pena), manobras arbitrárias para coletas de elementos de investigação ou de provas que culminem na formação fraudulenta de culpa, juízos prematuros sobre o mérito do caso, constrangimentos implícitos ou explícitos ao comportamento defensivo e à condição de inocente da pessoa acusada.

---

<sup>639</sup> “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

<sup>640</sup> Sobre transparência e clareza nas informações acerca do direito à não autoincriminação, como critério de aferição da validade do consentimento, dentre outros, v. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 209, 212/213; QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit.

<sup>641</sup> “Portanto, em um processo penal democrático é inadmissível a confissão forçada, total ou parcial do imputado (*nemo tenetur se detegere contra se*). O suspeito, acusado, réu, imputado, na esfera criminal, após ser devidamente informado da acusação, elege a melhor estratégia defensiva, a qual poderá ser a de não declarar, a de não comparecer, a de não se submeter a procedimentos, metodologias de colheita de prova que possam afastar seu estado de inocência”. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 209.

Merece relevo ainda a circunstância de que o juiz ocupa um papel central no processo e é de sua reponsabilidade, enquanto projeção da função jurisdicional de proteção de direitos fundamentais, guardar estrita observância de todos esses direitos em respeito à condição de inocente do acusado e ao dever persecutório penal do Estado (instrumentalidade constitucional para LOPES JR). Nem com aquele nem com este há de se confundir ou confluir o juiz; deve ocupar o lugar da imparcialidade, suprapartes, não no sentido de superioridade, mas de equidistância dos interesses em jogo e compromissado preponderantemente com a função de garante dos direitos fundamentais.<sup>642</sup>

Assentadas tais premissas, podem-se considerar exemplificativamente como incompatíveis com a presunção de inocência enquanto regra de tratamento algumas práticas comuns como o uso de algemas; a condução coercitiva; a coação para contribuição em produção de provas ou utilização de meios enganosos, capciosos.

Com efeito, as medidas coativas para estimular o réu a contribuir na produção de provas que lhe prejudiquem revelam-se indiferentes aos direitos fundamentais em nome da comprovação de uma hipótese já tida por verdadeira. O descrédito ao caráter jurídico-político da presunção de inocência respalda atitudes de menosprezo às garantias processuais e submete pessoas a tratamentos incompatíveis com sua condição de inocentes.

Se a projeção da tutela da inocência tem o escopo de impedir privações e restrições de direitos antecipadas e ilegais, com mais razão ainda essa garantia fundamental resguardará o exercício dos direitos de defesa em sentido amplo,<sup>643</sup> dentre os quais, o de não produzir prova contra si.<sup>644</sup> Assim, uma das formas de garantir o direito de defesa decorre justamente da presunção de inocência enquanto vedação de culpas presumidas, de tratamentos prematuros

---

<sup>642</sup> Ao comentar o art. 4º do projeto de CPP em trâmite no Congresso Nacional (cuja redação foi quase integralmente incorporada ao art. 3º-B do CPP pela Lei n.º 13.964), COUTINHO afirmou: “Nele, resta patente que a *gestão da prova escapa do comando direto do juiz* e, assim, passa ele a ter, em sua plenitude (ou quase), a função que a Constituição lhe reserva: *garante de ordem constitucional e, por isso, do cidadão*”. Em outro trecho, ratifica: “A cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante. Contra tudo e todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência, nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porque não há direito coletivo mais importante que aqueles fundamentais dos cidadãos”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, jul/set 2009, pp. 103-115, p. 114 (grifos no original).

<sup>643</sup> Por direito de defesa em sentido amplo, partimos das ideias consolidadas de autodefesa negativa e positiva, além da indispensável defesa técnica. Tudo como projeção da ampla defesa, direito fundamental, que exige a mais ampla (e plena em caso de júri) possibilidade de veicular suas estratégias defensivas.

<sup>644</sup> O art. 13, III, da Lei n.º 13.869/19 veio a tipificar como crime de abuso de autoridade constringer o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a “produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro”.



direcionados à parte como forma de punição ou de constrangimento com o claro propósito de fragilizar a pessoa por meio do ataque estratégico a sua dignidade.

Diante desse quadro axiológico-normativo é que se passa a examinar algumas práticas comuns em investigações e processos.

### 3.3.1 O uso de algemas em conformidade com o postulado jurídico-político e de regra de tratamento da presunção de inocência

O uso de algemas é uma das formas que se pode transformar em puro constrangimento, em exposição excessiva, em presunções e considerações abstratas de periculosidade oriundas com frequência de estereótipos perpetrados em anos de práticas policiais e forenses mobilizadas por razões extraprocessuais (componente racial, diferença de classe, ódio à classe política, etc); pode transmitir a ideia preestabelecida de que aquela pessoa submetida à investigação ou a julgamento deve ser tratada como pessoa condenada e de forma mais severa pelo crime que “cometeu”, mas que, a rigor, apenas lhe é imputado.

As algemas, como diz GIACOMOLLI, “simbolizam a culpa firmada, independentemente de julgamento, ademais de enunciar a necessidade da prisão e a condenação pela periculosidade”.<sup>645</sup> Aliás, a crítica ao uso desmesurado dessa prática não é novidade alguma. PIMENTA BUENO já advertia em meados do século XIX que durante o interrogatório “o acusado deve estar livre de ferros e acompanhado somente de guardas para impedir a tentativa de evasão; assim exige a dignidade do tribunal, a liberdade do espírito do acusado e o facto de não estar ainda condemnado e poder em breve ser declarado inocente”.<sup>646</sup>

---

<sup>645</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112.

<sup>646</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Diário, 1857, p. 141. E mesmo muito antes de Pimenta Bueno a crítica ao uso abusivo tanto das algemas como de outros métodos de humilhação e aprisionamento já eram fortes, como revela PITOMBO em seu clássico artigo acerca do tema e muito citado por ministros nos julgamentos do STF. PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. **Emprego de algemas**: notas em prol de sua regulamentação. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba, n. 36, p. 19, jul/dez. 1984. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/14550/emprego-de-algemas>. Acesso 02 set. 2020. Também DELMANTO JR afirma que o STF, 137 anos depois, teve que ressuscitar por meio da SV 11 o art. 28 do Decreto n.º 4.824, de 22 de novembro de 1871, diante dos abusos frequentemente constatados na rotina de operações policiais. DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Base de Dados Saraiva Jur *online* mediante assinatura. Acesso em 03 out. 2020.

Não se está a defender que a utilização das algemas seja totalmente proibida. De fato, há situações em que as peculiaridades do caso podem recomendar a adoção de medidas mais enérgicas para neutralizar eventual risco ou perigo concreto tanto para o indivíduo quanto para terceiros. No entanto, é o excesso no seu uso, como diz MORAES, que pode fazer com que a medida se transforme em fórmula de constrangimento para atingir o moral e a imagem do preso perante outras pessoas presentes ou que assistem ou assistirão a prisão por meios televisivos.<sup>647</sup>

Diante de tantos direitos aqui já mencionados e que devem ser respeitados quanto ao indivíduo investigado ou processado, a utilização das algemas, segundo o STF, deverá estar devidamente justificada por razões de resistência ou para segurança do próprio indivíduo ou de terceiros ou em caso de concreto risco de fuga (Súmula vinculante n.º 11).<sup>648</sup> E na linha do que mencionado anteriormente sobre a necessidade de sancionar os abusos, adotou-se a sanção de nulidade da prisão, sem prejuízo da responsabilidade civil, administrativa e penal em caso de transgressão aos direitos do preso.

Relevante notar que alguns dos principais casos que levaram à edição da Súmula mencionada trataram de situações distintas, mas consideraram, dentre outros fundamentos, a presunção de inocência e/ou a característica punitiva de que se reveste o uso das algemas em casos nos quais desnecessária, além de se transmutar com frequência em constrangimento indevido e espetacularização dos atos investigatórios ou processuais.

Na decisão inédita do Plenário, proferida por unanimidade no HC 91.952/SP em 07-08-08, buscava-se a nulidade de julgamento em Tribunal do Júri, tendo em conta que o réu ficou algemado durante toda a sessão. Na solenidade a defesa solicitou a retirada das algemas, mas o pedido foi contraposto pelo Ministério Público e indeferido pela magistrada Presidente em razão da falta de maior segurança no local (apenas dois policiais civis) e porque o réu já ficara algemado em todas as demais audiências realizadas, inexistindo anormalidade no tratamento.

MARCO AURÉLIO, relator, consignou que dentre as várias previsões constitucionais que conferem dignidade ao cidadão, à pessoa presa, merecia relevo no caso específico e em primeiro lugar o princípio da não culpabilidade, posto que mesmo o acusado de crime doloso contra a vida deve ser tratado como um humano. Ademais, assentou que a posição inferiorizada em que colocado, com algemas diante do Conselho de Sentença, afeta

---

<sup>647</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 508.

<sup>648</sup> **Súmula Vinculante n.º 11**, STF: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

também o direito de defesa e causa um desequilíbrio processual. CEZAR PELUSO, aliás, acentuou em seu voto a influência a que estão submetidos juízes leigos em casos de júri.

No HC 89.429/RO, relatado por CÁRMEN LÚCIA, a Segunda Turma do STF referendou parcialmente em 22-08-06 a liminar concedida em 07-08-06 para que as autoridades públicas se abstivessem do uso de algemas na condução dos pacientes, salvo hipóteses admitidas em lei. No caso, o paciente impetrara o HC para que lhe fosse garantido o direito de não ser conduzido sob algemas nem televisionado nessas condições durante o deslocamento da Superintendência da Polícia Federal em Brasília para audiência perante o STJ no dia 08-08-06.

Em seu voto, CÁRMEN LÚCIA adverte que a despeito da ausência de norma específica, o uso de algemas está limitado por regras e princípios do sistema jurídico vigente e que não se pode permitir uma absoluta discricionariedade que transmute o uso em abuso da medida. Segunda a relatora seria inadmissível no Estado Democrático de Direito que as algemas servissem de “símbolo do poder arbitrário de um sobre outro ser humano, que ela seja forma de humilhação pública, que elas se tornem instrumento de submissão juridicamente indevida de alguém sobre o seu semelhante”. Completa afirmando que nesse caso nem ao menos se trataria de pena, mas de uma forma de punição sem lei, sem causa específica e sem reparação moral em razão dos danos causados.

A simbologia das algemas no tratamento dispensado ao preso quando motivada em interesses extraprocessuais, de constrangimento, exposição vexatória, é fortemente criticada por CÁRMEN LÚCIA em outro trecho do voto ao afirmar que a causação da comoção pública e do estardalhaço nas prisões tem similaridade com a infâmia social denunciada por Beccaria, considerando, por fim, que “esta é uma pena que impõe antes mesmo de se finalizar a apuração e o processo penal devido para que se fixe a punição necessária para que a sociedade imponha o direito a que deve ser submeter o criminoso”. O uso de algemas não deve se dar como forma de punição, conclui.<sup>649</sup>

Com efeito, o uso apenas excepcional das algemas encontra respaldo tanto na presunção de inocência quanto em outros inúmeros direitos fundamentais com destaque para a dignidade humana, integridade física e moral do preso e para a vedação de tratamentos desumanos ou degradantes. Está igualmente amparado em normas na legislação infraconstitucional. Por

---

<sup>649</sup> Merece destaque ainda que esse tipo de constrangimento rotineiro levou à tipificação como crime no art. 13, I, II da Lei n.º 13.869/19, sob regime de abuso de autoridade, algumas formas de tratamento dos presos: Art. 13: “ I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; (...)”. A propósito, o art. 41, VIII, da Lei n.º 7.210/84 confere ao preso proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.

exemplo, o art. 284<sup>650</sup> do CPP veda o emprego de força, salvo a indispensável para superar a resistência ou a tentativa de fuga do preso; pode-se colher no art. 292, *caput*,<sup>651</sup> norma que permite o uso dos meios necessários por parte da autoridade pública para defender-se ou vencer a resistência eventualmente oposta pelo indivíduo ou por terceiro no cumprimento de mandado de prisão ou em caso de prisão em flagrante. Vê-se que os preceitos tornam obrigatória a presença de resistência do indivíduo ou de terceiro ao cumprimento do ato. Ademais, o parágrafo único do artigo 292, com redação dada pela Lei n.º 13.434/17, veda o uso de algemas em mulheres grávidas durante atos médico-hospitalares preparatórios ao parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o estado de puerpério. Também no Tribunal do Júri houve em 2008 a introdução do § 3º no art. 474,<sup>652</sup> advertindo que não é permitido o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

A matéria fora ainda objeto do Decreto n.º 8.858/16, que ao regulamentar o art. 199<sup>653</sup> da Lei n.º 7.210/84, dispôs que é permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito (art. 2º) e que ficava vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrasse hospitalizada (art. 3º).<sup>654</sup> No Código de Processo Penal Militar, editado em 1969, o uso excepcional consta do art. 234, § 1º,<sup>655</sup> ao permitir a utilização somente em casos de perigo de

---

<sup>650</sup> “Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

<sup>651</sup> Art. 292. “Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato”.

<sup>652</sup> Art. 474: “(...) § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)”.

<sup>653</sup> “Art. 199. O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”.

<sup>654</sup> “(...) Art. 2º É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito. Art. 3º É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada (...)”.

<sup>655</sup> “ (...) § 1º O emprêgo de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do prêso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242”.

fuga ou de agressão por parte do preso.<sup>656</sup> A vedação a que as algemas sejam utilizadas como punição consta também do Item 33 das Regras Mínimas padrão para o tratamento de prisioneiros constante das Normas e Princípios das Nações Unidas em Matéria de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal.<sup>657</sup>

Quando PITOMBO escreveu seu artigo multicitado pelos Ministros do STF sobre o emprego de algemas em 1984 advertira que a falta de normas expressas e específicas sobre o uso de algemas não impedia a conformação da matéria a partir das disposições mais genéricas dos art. 284 e 292 do CPP, além de considerar-se na interpretação da questão o que dispunha o CPPM e levando-se em conta ainda o fato de que as normas penais e processuais não são as únicas demarcações da “força”.<sup>658</sup>

Ressalte-se que desde então se incorporaram ao debate uma súmula vinculante, alterações ao CPP, um Decreto federal, a adesão a tratados internacionais como o PIDCP e a CADH, a CF/88 com seu amplo catálogo de direitos fundamentais e mais de 30 anos de prática constitucional. E como lembrara o autor naquela ocasião “as regras de processo penal nascem, em primeiro lugar, nas Constituições”.<sup>659</sup> Portanto, o emprego desse modelo de contenção não funciona a partir da pura discricionariedade da autoridade policial, diretamente ou por ordem judicial. A legitimidade do emprego das algemas está condicionada formal e materialmente ao respeito aos direitos fundamentais.

O recurso sistemático e genérico à segurança pública como espécie de álibi retórico para utilização banalizada das algemas não se adequa ao catálogo de direitos fundamentais vigente no Brasil. Aliás, por isso mesmo merece relevo acentuar que o uso das algemas, quando comparado a outros modelos vetustos de violência física ou moral já utilizados no passado ou

---

<sup>656</sup> Não deixa de se revelar sintomática a medida adotada em favor dos militares no CPPM de 1969, por um código imposto pelo mesmo triunvirato militar que governava provisoriamente o país e foi responsável por uma série de medidas legais e administrativas drásticas contra civis, dentre as quais, destacam-se pelo menos a autorização de penas de morte, perpétuas e a nova Lei de Segurança Nacional. Ademais, o fato de que mencionarmos o art. 234 não significa concordância com a discriminação operada pelo art. 242 em favor de determinadas figuras a partir do cargo que exercem ou de funções ministeriais como a religiosa ou ainda em razão de formação escolar. A nosso ver, nenhuma delas encontra guarida constitucional quando examinadas sob a perspectiva da isonomia. Mas tampouco seriam legítimas quando pusessem em perigo pessoas. Privilégios pessoais ou em decorrência de cargos ou funções certamente não preponderam sobre direitos fundamentais de terceiros.

<sup>657</sup> Como refere o primeiro Item “As seguintes regras não pretendem descrever em detalhes um modelo de sistema penitenciário. Elas buscam somente, com base no (presumível) consenso do pensamento contemporâneo e os elementos essenciais da maioria dos sistemas mais adequados atualmente, estabelecer os princípios e regras de uma boa organização penitenciária, as práticas relativas ao Tratamento de Prisioneiros e à gestão das instituições”.

<sup>658</sup> PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. **Emprego de algemas**: notas em prol de sua regulamentação. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba, n. 36, p. 19, jul/dez. 1984. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/14550/emprego-de-almegas>. Acesso 02 set. 2020.

<sup>659</sup> Ibid.

em relação a armas letais e outros modos de eliminação da própria vida, pode parecer uma medida menos severa e efetivamente o é. Mas isso não autoriza a incentivar a sua utilização como já se aventou.<sup>660</sup>

Pelo contrário, essa ferramenta de neutralização de riscos concretos deve ser analisada à luz dos direitos fundamentais e não como uma singela melhoria em relação a tratamentos desumanos e degradantes que já deveriam estar sepultados, servindo no máximo para recordação dos perigos provados e não para justificação de comportamentos patológicos ainda tributários de práticas autoritárias institucionalizadas.

Em resumo, pode-se concluir que o uso de algemas, sob a ótica dos direitos fundamentais aqui mencionados e, especialmente porque vinculado ao tratamento de inocente a ser dispensado ao preso, deve orientar-se por diretrizes que pelo menos levem em conta, sobretudo em razão da pessoalidade da medida, que (a) o risco ou perigo à integridade física alheia ou a resistência decorram de atitude da pessoa a ser presa, já que não parece fazer sentido que em razão de resistência à prisão oposta por terceiro, venha a pessoa presa a ser submetida ao uso de algemas; (b) da mesma forma, se as ameaças decorrem de terceiro tampouco há de se infligir ao preso a medida excepcional; (c) no caso específico das audiências de instrução, principalmente em Plenário de Júri, há de haver um redobrado cuidado no uso das algemas em razão da influência psíquica que podem ter sobre o julgador em geral e sobre o Conselho de Sentença em particular.<sup>661</sup> Eventualmente, medidas de segurança como acesso limitado de

---

<sup>660</sup> Essa advertência sobre o grau menos violento das algemas é feita, por exemplo, em GOMES, Rodrigo Carneiro. **O uso de algemas deve ser incentivado e não reprimido.** Revista eletrônica Consultor Jurídico. CONJUR. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-out-14/uso\\_algemas\\_incentivado\\_ao\\_nao\\_reprimido](https://www.conjur.com.br/2006-out-14/uso_algemas_incentivado_ao_nao_reprimido). Acesso em 14 set. 2020. O estímulo ao uso de algemas decorreria, segundo essa perspectiva, da necessidade de preservação da vida além da repressão à criminalidade. Assim, ainda que se pudesse censurar o uso indevido das algemas para humilhação, perseguição, prejulgamento e discriminação do preso, segundo GOMES, a utilização deve ser uma regra, excepcionada em atos judiciais, salvo determinação em contrário, e nas hipóteses de constrangimento anteriormente mencionadas. A prática, segundo o autor, deve balizar-se pelo menos pelas seguintes orientações: irrelevância do tipo-penal em que possa ter incidido o preso ou conduzido, posto que a avaliação do estado anímico ocorre no ato de prisão e não em relação aos fatos pretéritos; utilização de armas não letais, dentre as quais inclui as algemas, para imobilização e contenção do preso desde a voz de prisão até a entrega em estabelecimento prisional; para evitar fuga ou resistência do preso, desde que presente fundada suspeita ou receio de que venha a ocorrer; evitar agressão aos policiais ou a terceiros; condução de preso por ordem judicial ou em flagrante delito, salvo determinação justificada em contrário e sem prejuízo da avaliação do risco no momento da prisão; para não comprometer o planejamento operacional ou a vida e a segurança de terceiros, da vítima, do próprio preso ou conduzido, dos policiais; a utilização das algemas, como alternativa ao uso de armas letais e ao uso de força desmedida ocorrerá em vários níveis de gradação, quais sejam a colaboração do preso ou conduzido, a utilização de técnica adequada e o recurso proporcional e razoável da força para imobilizar e conter. E assim conclui: “Conclui-se que a função policial transpassa a repressão à criminalidade. É também essencial que a vida seja preservada, como regra. E para que seja regra, e não exceção, o uso de algemas, desde que consciente e não arbitrário, deve ser incentivado e não reprimido”.

<sup>661</sup> Nesse sentido: “Todavia, o uso indevido de algemas pode não ser apenas como meio de degradação da imagem do imputado e, portanto, violador da presunção de inocência tão-só como ‘norma de tratamento’. Seu uso abusivo pode representar forma de a autoridade pública influir no julgamento da causa, o que ocorre notadamente em crimes de competência do Tribunal do Júri, uma vez que o juiz leigo está muito mais propenso

peçoas à sala de julgamento ou número maior de agentes policiais pode garantir a segurança dos presentes, sem a necessidade de algemas; (d) com as fórmulas cada vez mais corriqueiras de televisionamento de prisões e de gravações de diligências por parte de agentes estatais e por particulares (naquilo que AYRES BRITTO chamou de “idade mídia”<sup>662</sup> no HC 89.429/RO), a fundamentação do emprego de algemas ganha maior importância em razão da exposição a que o preso é submetido; (e) por fim, como os direitos fundamentais condicionam o funcionamento das agências estatais tanto em relação aos comportamentos omissivos, quanto comissivos, nenhuma justificativa para fazer o que não deve fazer (uso de algemas) sob fundamento de condições precárias de segurança no local (deixar de fazer o que deve fazer) será legítima. As falhas estatais não podem ser imputadas nem os danos redirecionados aos particulares.

### 3.3.2 Condução coercitiva em investigações e processos judiciais

A condução coercitiva é outra forma de tratamento que pode desrespeitar direitos fundamentais da pessoa suspeita ou acusada e romper com o direito à inocência ao submetê-la a constrangimento desnecessário, já que, no processo penal orientado pelos princípios já mencionados, não cabe à defesa qualquer carga probatória para demonstrar a inocência e muito menos contribuição compulsória para produção de provas em seu desfavor; ademais, não se pode descartar o fato de que eventualmente a determinação de condução coercitiva decorra de pré-juízos de culpabilidade que optem por submeter o sujeito a um tratamento mais severo em busca da confirmação de hipóteses já adiantadas; por fim, a medida traduz também, ainda que de forma abreviada e em contornos menos rígidos, uma privação da liberdade que não se compactua com as motivações tidas por legítimas tais como já delineadas, revelando violência à garantia fundamental da presunção da inocência.

Em geral, duas formas de abordagem se abrem no caso; uma, quanto ao exercício do direito ao silêncio durante o interrogatório; outra, quanto ao exercício de não produzir outras

---

a essas influências externas e inconstitucionais”. MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 509. No mesmo sentido, “O fundamento dessa vedação está nos efeitos contagiantes que produz nos jurados, julgadores leigos, o acusado algemado no plenário, durante todo o julgamento”, GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 144.

<sup>662</sup> Sobre Idade Mídia como uma sociabilidade complexa estruturada e ambientada pela comunicação (com destaque para a midiática), v. RUBIM, Antonio Albino Canelas. A contemporaneidade como idade mídia. **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, v. 7, ago. 2018, pp. 25-36.

provas contra si. A multiplicidade de objetivos para a condução coercitiva pode ser extraída do art. 260 do CPP.<sup>663</sup>

O direito ao silêncio é apenas uma das múltiplas dimensões do *nemo tenetur*; circunscreve-se ao direito de calar, de não falar, de não se pronunciar sobre a imputação a que é submetido; também veda que esse silêncio tenha qualquer repercussão na culpabilidade e que não se pode extrair do exercício do direito ao silêncio consequência prejudicial a quem o exerceu. O direito ao silêncio também não deve se confundir com o direito de mentir, que decorre na verdade da prerrogativa de não dizer a verdade no interrogatório e que é outra dimensão do *nemo tenetur*.<sup>664</sup>

Por consequência, se o indivíduo não pode ser compelido a revelar ou a se pronunciar sobre os fatos que lhe são imputados mostra-se como incompatível com a CF/88 qualquer obrigatoriedade de comparecimento em local de interrogatório para prestar depoimento.

QUEIJO assinala que se poderia dividir o interrogatório em dois momentos, um para qualificação do indivíduo não coberto pelo direito ao silêncio, e outro para declarações sobre o mérito. No primeiro caso até se poderia cogitar da condução coercitiva, mas adverte que no sistema brasileiro em que não há uma delimitação adequada dessas partes, consistindo o interrogatório em ato único, a utilização da medida poderia levar a “um risco de compulsão contra o acusado para que responda às perguntas formuladas, com violação ao *nemo tenetur se detegere*”.<sup>665</sup>

Também para GIACOMOLLI, dentre as tantas projeções do *nemo tenetur*, figura a proteção contra a compulsoriedade de condutas ativas, dentre elas o comparecimento para reconstituição de fatos e para depor. Com efeito esse tipo de “colaboração” fere o estado de inocência e a ampla defesa.<sup>666</sup> Em sentido similar PACELLI reconhece que o art. 260 do CPP fora revogado, posto que é incabível condução coercitiva do indivíduo para interrogatório quando se reserva o juízo de conveniência e oportunidade da emissão ou não de declarações ao

---

<sup>663</sup> “Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

<sup>664</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **Direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:582349>. Base de Dados Saraiva Jur online mediante assinatura. Acesso 07 set. 2020.

<sup>665</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **Direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:582349>. Base de Dados Saraiva Jur online mediante assinatura. Acesso 07 set. 2020.

<sup>666</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 207/208.



próprio titular do direito ao silêncio, de modo que o eventual não comparecimento em audiência deve ser compreendido como manifestação do direito em análise.<sup>667</sup>

O tema foi inclusive suscitado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tendo o Plenário do STF concluído julgamento em 14-06-2018 e decidido por maioria nas ADPFs 395 e 444 que a expressão “para o interrogatório” constante no art. 260 do CPP não fora recepcionada pela CF/88 em razão de sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência e com o direito à não autoincriminação, dentre outros. Consignou-se na ocasião que a “restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado”. O relator GILMAR MENDES afirma ainda que “a condução coercitiva está inserida nesse contexto de violação a direitos fundamentais, por meio da exposição de pessoas que gozam da presunção de inocência como se culpados fossem”.<sup>668</sup>

A condução coercitiva também ofende o direito à não autoincriminação em sua versão de direito ao silêncio, segundo decidido. Isso porque “cabe à defesa decidir por falar ou calar. Nesse sentido, submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao direito à não autoincriminação”.<sup>669</sup>Do referido julgamento se pode extrair que o direito de não comparecer em juízo para interrogatório é uma decorrência do mais amplo direito ao *nemo tenetur se detegere*.

Afirmou-se, por outro lado (minoria formada), que o direito de não autoincriminação não vai ao ponto de impedir o dever de comparecimento, ainda que se possa garantir, evidentemente, o silêncio (voto de ALENXANDRE MORAES).<sup>670</sup> No mesmo julgamento surgiu proposta distinta (Votos de EDSON FACHIN, ROBERTO BARROSO) a cogitar a utilização da medida como alternativa à incidência de prisão preventiva ou prisão temporária porque seria nesse contexto menos gravosa, militando, portanto, em favor do indivíduo. Consignaram, por cautela, que somente quando justificadas as medidas mais gravosas, poderia se admitir a menos incisiva como alternativa caso se revelasse suficiente.<sup>671</sup>

---

<sup>667</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 380/381.

<sup>668</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e 444**. 2018. Voto de GILMAR MENDES, p. 29.

<sup>669</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e 444**. 2018. Voto de GILMAR MENDES, p. 34.

<sup>670</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e 444**. 2018. Voto de ALEXANDRE DE MORAES, p. 64.

<sup>671</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 395 e 444**. 2018. Voto de EDSON FACHIN, p. 83; voto de ROBERTO BARROSO, p. 98.

A rigor, a interpretação segundo a qual a condução coercitiva é válida porque o sujeito tem o direito de não se manifestar, mas deve comparecer em juízo e exercer seu direito depois de devidamente esclarecido sobre ele, parece tentar aplicar o princípio da isonomia às avessas. Como o art. 5º, LXIII utiliza a locução “preso” em referência ao direito ao silêncio, haveria uma necessidade de coerção (de privação da liberdade) do indivíduo livre para que, só então, ele exercesse seu direito fundamental! Ora, a norma constitucional assegurou expressamente a garantia em favor daquele que já está sob custódia da autoridade estatal, provavelmente em razão de prisão em flagrante ou em decorrência de mandado judicial. No entanto, seria teratológico que, estando o indivíduo solto fosse adotado primeiro um ato de constrangimento estatal para depois oferecer um direito ao silêncio.

Em complemento, há de se ter cuidado com a proposta de condução coercitiva como alternativa a medidas mais gravosas. Primeiro, claro, pela ausência de previsão legal no art. 319, CPP.<sup>672</sup> Mas em segundo lugar, porque sendo o silêncio ou o não comparecimento uma manifestação de direito fundamental, é pouco provável que se possa justificar uma prisão preventiva sob pretexto da conveniência da instrução criminal ou no interesse da investigação sem uma violência explícita à presunção de inocência naquilo em que ela se projeta contra o uso de prisões como antecipações de pena e fórmulas deterioradas de privação e restrição de direitos sem fundamentação constitucional e sem necessidade cautelar.

Recorrendo-se aqui aos termos anteriormente utilizados, a prisão preventiva ou mesmo temporária com a finalidade de constranger o suspeito ou acusado a comparecer em juízo não tem qualquer propósito cautelar ao processo, posto que, diante do devido processo legal decorrente da CF/88 e dos tratados internacionais a que o Brasil aderiu, ninguém pode ser constrangido a declarar em seu prejuízo ou a contribuir para provas contra si.

Ou seja, se o sujeito exerce um direito legítimo, afasta-se qualquer noção de perigo gerado pelo estado de liberdade que possa justificar a medida cautelar. Esse registro é importante porque a ideia de substitutividade apontada por alguns ministros decorreria de um suposto benefício em favor da pessoa afetada. Entretanto, não há benefício e sim prejuízo manifesto em razão da violação do direito ao silêncio e da presunção de inocência. No primeiro caso por desrespeitar a opção defensiva de não comparecer e por suposto não falar; no segundo, por constranger a liberdade de alguém na investigação ou no processo sem justificativa cautelar.

---

<sup>672</sup> E como é sabido, isso suscita outra discussão sobre o chamado poder geral de cautela no processo penal, muito criticado por parte significativa da doutrina.

A esse respeito merece destaque decisão de CELSO DE MELLO no HC 96.219/SP que, embora não tratasse de condução coercitiva, rechaçou a possibilidade de decreto de prisão preventiva como sanção por ausência de colaboração da parte acusada. Caso em que a magistrada, na origem, decretou a preventiva, dentre outros motivos, porque o réu, ao não comparecer em juízo, teria demonstrado sua reticência em colaborar com a Justiça. Nas palavras do Ministro:

**É importante assinalar**, neste ponto, que, **em virtude** do princípio constitucional **que protege** qualquer pessoa **contra** a auto- -incriminação, **ninguém pode ser constrangido** a produzir provas **contra** si próprio (**RTJ 141/512**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 180/1125**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - **HC 68.742/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO, v.g.), **tanto quanto** o Estado, **em decorrência** desse mesmo postulado, **não tem o direito** de tratar suspeitos, indiciados **ou réus como se** culpados (**já**) fossem (**RTJ 176/805-806**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Tais conseqüências – direito individual de não produzir** provas contra si mesmo, de um lado, **e obrigação estatal de não tratar** qualquer pessoa como culpada **antes** do trânsito em julgado da condenação penal, de outro – **qualificam-se** como direta emanção da presunção de inocência, **hoje expressamente contemplada** no texto da vigente Constituição da República (**CF**, art. 5º, **inciso LVII**).<sup>673</sup>

A propósito, em outra decisão proferida em setembro de 2020, CELSO DE MELLO voltou a manifestar a proximidade entre o direito à presunção de inocência e à não autoincriminação ao afirmar que, embora o Presidente da República não esteja amparado pela prerrogativa de depor por escrito quando figurar na condição de suspeito ou acusado, pode perfeitamente fazer uso de seu direito de não comparecer para prestar depoimento, estando a salvo de qualquer condução coercitiva (Inq 4831).<sup>674</sup>

A punição à execução de condução coercitiva manifestamente abusiva ou sem que tenha havido prévia intimação para comparecimento em juízo foi prevista como crime de abuso de autoridade no art. 10 da Lei n.º 13.869/19.<sup>675</sup> Já se viu que a condução para interrogatório é incabível e, portanto, manifestamente abusiva. Remanesce na legislação a possibilidade de condução de testemunhas e o trecho do art. 260 não analisado pela decisão plenária do STF que ainda permite a medida para reconhecimento de pessoas ou outros atos em que a presença do sujeito for indispensável.

Acredita-se que os mesmos fundamentos apresentados quanto à inexistência de finalidade cautelar e de perigo gerado pelo estado de liberdade do suspeito ou acusado impedem

<sup>673</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 96.219/SP**. Rel. Celso de Mello. 2008. Decisão monocrática de 09-10-08. (grifos no original)

<sup>674</sup> Decisão monocrática proferida em 14-09-20. Disponível em: <http://bit.ly/3dARDIO>. Acesso em 29 set. 2020.

<sup>675</sup> “Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

também a condução coercitiva para que o indivíduo submeta-se a ato processual tendente a produzir prova contra si, como, por exemplo, o reconhecimento pessoal,<sup>676</sup> o fornecimento de material gráfico, reconstituição do fato, etc.<sup>677</sup>

A conclusão a que se chega decorre da premissa de que o direito de não autoincriminação incorpora o de não produzir provas em seu desfavor nem colaborar para que se a produza. Logo, como já afirmado, o gozo de um direito fundamental não gera qualquer perigo processual apto a ensejar sua neutralização por uma medida de privação da liberdade, ainda que breve. Uma vez que o direito esteja estabelecido em favor dos indivíduos, é legítima a expectativa de que possa vir a ser exercido, de modo que o devido processo penal deve se conformar à dinâmica oriunda das estratégias dos atores envolvidos sem que o Estado opte por violações de direitos e garantias em nome de qualquer pretensão de modelos investigativos e processuais estáticos e simplificados.

Mas nessa questão, de fato, há uma necessária delimitação das premissas que podem sim mudar a compreensão do caso. Há posições doutrinárias que distinguem entre colaboração ativa e passiva, invasivas e não invasivas, de tal modo que, em determinadas situações, o indivíduo possa ser compelido a participar do ato processual.

---

<sup>676</sup> Em sentido contrário, DELMANTO JR entende que a condução coercitiva para reconhecimento pessoal não ofende nenhum direito da pessoa afetada, desde que devidamente fundamentada. Trata-se de uma medida cautelar processual penal de natureza probatória, efêmera, e que visa permitir a vítima ou à testemunha verificar se aquela pessoa efetivamente cometeu o crime. Assim, quando a pessoa suspeita, no exercício de seu direito de não colaborar, não comparecer a ato para o qual foi intimada, as autoridades poderão lançar mão da medida de condução coercitiva. Segundo o autor, a medida não tem caráter sancionatório e implica na simples presença física do suspeito em audiência. Para ele, o princípio do direito ao silêncio não pode ser elevado a um nível que inviabiliza a própria atividade estatal na persecução de crimes. Ademais, o reconhecimento é uma prova muito importante em crimes como roubo, homicídio, violência sexual. DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso em 03 out. 2020. Nos limites deste trabalho, as questões que vem sendo levantadas sobre a fragilidade da prova eventualmente obtida por meio do reconhecimento pessoal não serão abordadas.

<sup>677</sup> Outro ponto abordado por DELMANTO JR é do exame clínico em caso de embriaguez. Para o autor seria admissível a condução coercitiva até um IML determinada por autoridade, quando houver fundada suspeita de condução de veículo em estado de embriaguez. Trata-se, segundo afirma, de medida adequada, necessária e proporcional, sendo lícito ao condutor do veículo exercer seu direito ao silêncio perante o médico. Mas a medida teria o êxito de permitir uma avaliação clínica a fim de analisar a situação psicomotora. DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso em 16 out. 2020. A nosso ver a questão poderia ser resolvida sem qualquer violação a direitos fundamentais e sem que o Estado fique impedido de atuar. Desde a Lei n.º 12.760/12 há uma gama de possibilidades de colheita de evidências sobre o estado de embriaguez do suspeito, que não se resume ao exame clínico. Ademais, em caso de suspeita como a aventada por DELMANTO JR e subsistindo o interesse no exame clínico, a autoridade policial deve providenciar exame clínico no local da abordagem, por meio de médico plantonista, se for necessário.

Para QUEIJO, por exemplo, o indivíduo jamais poderá ser compelido a colaborar nos casos de intervenção corporal invasiva e na colaboração ativa, hipóteses em que seu consentimento é indispensável. Por outro lado, em casos de intervenções não invasivas ou colaborações passivas, desde que com previsão legal e prévio controle jurisdicional, pode haver determinação judicial de produção do ato processual, respeitado sempre o princípio da proporcionalidade. O dever de comparecimento e a eventual condução coercitiva, por coerência, decorrerá assim daqueles casos em que o direito à não autoincriminação sofre relativizações (colaboração passiva e provas corporais não invasivas).<sup>678</sup>

PACELLI, por sua vez, situa a questão do direito à não autoincriminação em torno da proteção à integridade física e moral da pessoa, de sua dignidade e da capacidade de autodeterminação, de modo que não se pode querer impedir determinadas intervenções que não agridam as garantias mencionadas. Para o autor, “intervenções corporais que não puserem em risco a integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que previstas em lei, não encontram obstáculos em quaisquer princípios constitucionais”. Seriam admissíveis contanto que observem a legalidade, a indispensabilidade e o controle judicial. Cite-se como exemplo a distinção entre a exigência de comportamento ativo (teste de bafômetro) e submissão a exame clínico que é uma medida passiva e admissível.<sup>679</sup>

Em sentido oposto, afirmando que o direito está assegurado sobre qualquer tipo de cooperação, seja passiva ou ativa, invasiva ou não invasiva, independentemente do grau de invasividade, GIACOMOLLI adverte não partilhar do entendimento acima apontado, justamente porque a separação situa-se numa perspectiva de pensamento linear, “incompatível com a complexidade situacional e do pensamento problemático e complexo da contemporaneidade”. Para o autor em todos esses casos há um mascaramento da “objetivação do sujeito e sua transformação em objeto”.<sup>680</sup>

Em sentido similar, LOPES JR afirma que o suspeito ou acusado não tem o dever de se submeter a qualquer produção de provas contra si e nem se submeter a intervenções corporais,

---

<sup>678</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **Direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:582349>. Consulta *on line* em Base de Dados da Saraiva Jur mediante assinatura. Acesso 07 set. 2020. Conferir em especial capítulo VIII.

<sup>679</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 389, 392, 393, 401. Anote-se, por oportuno, que o autor também é crítico da vedação ao fornecimento de material gráfico. No entanto, posteriormente, ao abordar o ponto específico da recusa na p. 401 ele admite que em determinados casos não será possível utilizar coação contra a pessoa que se nega a colaborar. E para contornar o problema, admite, a nosso ver de forma indevida, possíveis interpretações em prejuízo do indivíduo quando previstas em lei e desde que ausentes explicações minimamente razoáveis para a recusa, permitindo-se então decisões num ou noutro sentido.

<sup>680</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 208.

o que decorre da sua condição de sujeito e não de objeto no processo e de princípios como presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*.<sup>681</sup>

Portanto, a direção em que se projeta a ideia de não autoincriminação e seus desdobramentos deve influenciar no exame de constitucionalidade da condução coercitiva para comparecimento a atos processuais diversos do interrogatório. Se o *nemo tenetur* não incorpora um direito de recusa então se poderia cogitar de eventual risco à investigação ou à instrução processual caso o suspeito ou acusado não colabore com a colheita ou produção da prova e, nessa circunstância, eventual constrangimento da liberdade seria admissível em nome da eficácia da persecução penal. De outro lado, o reconhecimento da inexistência do dever de comparecimento leva à impossibilidade da condução coercitiva, tal como já assinalado.

### 3.3.3 Métodos diversos que buscam coletar evidências e provas por meios capciosos e ilegais

O dever de tratamento oriundo da presunção de inocência e das garantias correlatas impede ainda o recurso a estratégias burlescas e capciosas de colheita ou produção de provas. O Estado, enquanto reserva ética, projeta nos agentes estatais o dever de atuar dentro dos limites legais, do que decorre que a investigação para coleta de indícios de autoria e de materialidade e a condução processual para comprovação da responsabilidade penal do indivíduo não pode se orientar por uma busca ilimitada de provas de culpa. A superação do princípio da inocência só será legítima quando a atuação estatal tenha respeitado tanto na investigação quanto na fase processual a condição de inocente do sujeito e os direitos e garantias fundamentais que o resguardam nessa situação (estatuto do inocente) até que sobrevenha sentença condenatória transitada em julgado.

Rechaçam-se, portanto, métodos de atuação sobre o corpo e sobre a mente do investigado no que GOMES FILHO chama de categoria patológica, voltados a fazer o “acusado

---

<sup>681</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 479/480. O autor ressalva a possibilidade de fornecimento de material genético previsto na Lei n.º 12.694/12 para fins probatórios em razão da polêmica que paira sobre o tema e da ausência de definição sobre a constitucionalidade da providência por parte do STF. Mas se bem entendemos sua posição, ele é crítico a essa previsão legal, embora, para os fins do curso de direito processual que escreve, tenha feito a advertência sobre a possibilidade de que se colete o material enquanto decisão do STF não diga o contrário.

falar contra sua vontade, ou em desacordo com as próprias representações da realidade”, drástica fórmula de distorção da realidade.<sup>682</sup>

Incluem-se nesse catálogo métodos tão impactantes quanto a tortura,<sup>683</sup> mas também outros que aparentemente menos dramáticos, não deixam de se revelar como afrontosos a direitos fundamentais, como o são os meios técnicos, psíquicos ou psiquiátricos (detetor de mentiras, soro da verdade, hipnose, narcoanálise, etc), ou meios enganosos dentre os quais se inserem “perguntas sugestivas ou capciosas, a ameaça com sanções não previstas pelo ordenamento, a promessa de vantagens, igualmente inadmissíveis, as falsas informações sobre a existência de outras provas, etc”,<sup>684</sup> ou armadilhas diversas como conversas informais com agentes policiais ou testemunhas e agentes infiltrados<sup>685</sup> e escutas ambientais de questionável constitucionalidade.<sup>686</sup>

Em geral, as medidas acima mencionadas são aparentemente unidas por uma racionalidade incriminatória que parte do pressuposto de culpabilidade do indivíduo. As garantias processuais são admitidas, porém como obstáculos sem os quais não haverá legitimidade na decisão condenatória, e por isso são com frequência tangenciadas em desprezo ao direito de defesa e à presunção de inocência por meio de formas abusivas de (tentativa de)

---

<sup>682</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 114.

<sup>683</sup> Destaque-se, por exemplo, as considerações da CORTE IDH no Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México: no § 165 consigna que a regra de exclusão de provas obtidas mediante tortura ou meios cruéis é inderrogável e ostenta um caráter absoluto. No § 166, refere que a anulação dos atos processuais derivados da tortura ou de atos cruéis é uma medida efetiva para cessar as consequências de uma violação às garantias fundamentais. Ademais, a CORTE IDH amplia essa garantia para quaisquer atos decorrentes de múltiplas formas de coação. Assim, entende-se que todo tipo de consequência advinda de coação deve ser alijada do processo como forma de desincentivar sua prática. No § 167, adverte que a prova eventualmente colhida sobre coação, além de violar as garantias processuais, padece também de veracidade, já que normalmente o seu conteúdo decorre de uma estratégia da pessoa afetada para fazer cessar o tormento experimentado. Por fim, para a CORTE IDH, o simples fato de uma pessoa acusada eventualmente confessar o cometimento de um crime perante a autoridade judicial, quando subsistam indícios de que tenha sido torturada ou mal tratada anteriormente, não permite a validação da confissão, posto que o tratamento anterior pode causar medo, angústia e inferioridade suficiente a eliminar sua capacidade de resistência física e moral (§ 174). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México**, parágrafo 182. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3nbwTJZ>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>684</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 114/117. Em sentido similar, v. QUEIJO, Maria Elizabeth. **Direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:582349>. Consulta em Base de Dados *on line da Saraiva Jur* mediante assinatura. Acesso 07 set. 2020; LOPES JR, Aury. **Direito processual penal: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 490/491; PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 391.

<sup>685</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 214.

<sup>686</sup> MACHADO, Roger. Captação pública e privada de imagem e de som e os reflexos no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Tamara M. da. **Processo penal contemporâneo em debate**. Curitiba: Brazil Publishing, 2020, v. 5, p. 127-161.

demonstração daquela culpa presumida ou, ainda pior, mediante estratégias de constrangimento implícito ou explícito com o objetivo de desestimular a resistência do sujeito; estimulá-lo à colaboração forçada para formação de sua culpa ou, mesmo diante do reconhecimento da fragilidade das provas da acusação, as medidas abusivas servem para uma espécie de “punição processual” da pessoa investigada ou processada.<sup>687</sup>

No HC 96.129 acima mencionado essa tentativa de constrangimento foi captada por CELSO DE MELLO que rechaçou a possibilidade de decretar uma prisão preventiva porque os réus não apresentaram suas defesas, revelando uma resistência em colaborar com o esclarecimento dos fatos. Pode-se mencionar ainda e como exemplo a proposta apresentada pelo MPF no conjunto das conhecidas Dez Medidas contra a Corrupção que pretendia autorizar a prisão preventiva para garantir a devolução do produto ou proveito do crime.<sup>688</sup>

Ora, ainda que o acautelamento patrimonial possa de fato guardar uma natureza cautelar (mas patrimonial, real), a prisão, nesse caso, traduziria um explícito constrangimento sem finalidade cautelar e que romperia com o direito à não autoincriminação. A não colaboração para a localização do produto do crime pode ser uma estratégia de defesa e prendê-lo significaria exatamente uma repressão ao exercício do direito. De outro lado, uma vez preso, e diante da situação de constrangimento em que se encontra, poderia renunciar ao direito ao silêncio e declarar onde está o produto e o proveito do crime. O problema é que uma vez aberta essa fenda, perde-se o controle do que poderá passar!

Como se vê, nessa matéria, a interpenetração das dimensões de norma de tratamento e norma probatória decorrentes da presunção de inocência mostram-se visíveis. Ignorada a regra de tratamento, com a conseqüente imposição de restrições e privações de direitos durante a

---

<sup>687</sup> Aliás, pelo cerne da provocação, é simbólica a reflexão de Salvatore SATTA acerca do mistério do processo, esse mecanismo complexo que eventualmente serve como uma espécie de filtro mágico capaz de esconder as violências que por meio dele foram travestidas em leis e procedimentos em busca de um valor Justiça a que os homens em geral aspiram e que se representaria no julgamento, mas que ele vira se deteriorar no século XX, quando aquele objetivo que o autor entende decorrer do processo, o julgamento, vai cada vez mais cedendo espaço à *ação*, com a qual o autor denomina basicamente o órgão encarregado da acusação. Nesse sentido parece que o autor busca elementos exatamente para advertir sobre a falência do processo como obstáculo mínimo ao poder estatal, servindo, antes e ele próprio, ao desiderato punitivo. SATTA, Salvatore. **El misterio del proceso**. Trad. Arno Dal-Ri Jr e Lucas Carlos Lima. Instituto Pacífico, 2015. Se considerarmos que essa conferência foi proferida em 1949, ou seja, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, é possível daí inferir advertências importantes sobre a deterioração do processo como válvula de escape para o extravasamento das violências estatais.

<sup>688</sup> A redação original da proposta gestada no Interior do Ministério Público Federal era a seguinte: Art. 312. [...] Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada: I – em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º); II – para permitir a identificação e a localização do produto e proveito do crime, ou seu equivalente, e assegurar sua devolução, ou para evitar que sejam utilizados para financiar a fuga ou a defesa do investigado ou acusado, quando as medidas cautelares reais forem ineficazes ou insuficientes ou enquanto estiverem sendo implementadas.”



investigação ou processo, pouca coisa resta a garantir depois de uma absolvição. De outro lado, mesmo que não haja imposição de tratamento severo durante o processo, se as regras probatórias e o direito de defesa forem apenas formalmente respeitados, a condenação é uma questão de tempo que não tardará a se concretizar. Mas não só isso: a combinação com outros princípios fundamentais é também muito evidente e justamente nesse cruzamento é que as garantias processuais se reforçam mutuamente e reforçam o devido processo legal a fim de garantir a tutela dos inocentes.

### 3.4 JUÍZOS ANTECIPADOS DE CULPABILIDADE PROFERIDOS NO ÂMBITO INVESTIGATÓRIO OU PROCESSUAL. EMISSÃO JUDICIAL PREMATURA DE OPINIÕES CONCLUSIVAS E PRÉ-CONCEBIDAS SOBRE A CULPA DE ALGUÉM E DE QUE FORMA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DEVE FUNCIONAR NESSES CASOS COMO CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA IMPARCIALIDADE E DE PRÉ-COMPREENSÕES INAUTÊNTICAS

O objetivo deste tópico é aproximar presunção de inocência e imparcialidade judicial. No capítulo anterior foram apresentados vários desdobramentos possíveis para o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre eles, está a proibição de juízos prematuros sobre a responsabilidade criminal da pessoa investigada ou processada. A perspectiva a ser esboçada sugere que, verificada a violação à presunção de inocência em razão de juízos prematuros de culpabilidade, rompe-se o dever de imparcialidade judicial, o que enseja afastamento do juiz(a) do caso, independentemente de se tratar de juiz das garantias ou do mérito.<sup>689</sup>

Com efeito, a garantia da presunção de inocência enquanto dever de consideração do sujeito como inocente atinge aqueles juízos emitidos internamente no próprio procedimento em trâmite, investigação ou processo, ou de opinião emitida pelo juiz competente e diretamente envolvido na questão, com o objetivo de estabelecer uma vedação a que o juiz desde o início do processo já esteja condicionado e com um pré-juízo desfavorável à pessoa imputada ou acusada.

---

<sup>689</sup> A finalidade destas reflexões está em aproximar os dois princípios mencionados sem a pretensão de ingressar na polêmica sobre taxatividade dos arts. 252 e 254 do CPP. Em todo caso, decorre do problema em análise que o eventual afastamento de juiz por quebra de imparcialidade judicial diante do pronunciamento prematuro sobre o mérito do caso criminal não encontrará hipótese legal nos mencionados artigos, pelo menos aparentemente.

Em reiteradas oportunidades a CORTE IDH consignou que “*el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa*” (Caso J. vs Peru, § 233; Ruano Torres y otros vs. El Salvador, § 127; Norín Catriman y otros vs. Chile, § 171); a CORTE IDH compreende o princípio da presunção de inocência como um necessário compromisso do julgador que não deve presumir a culpa de ninguém durante o processo. A decisão judicial que antecipa uma opinião sobre a culpa do acusado vulnera o princípio em causa (Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico, § 184).

Mais do que um compromisso do julgador, a garantia em exame deve se estender para a atuação do juiz de garantias recentemente implantado no Brasil.<sup>690</sup> O conjunto de atribuições reservadas ao juiz que exercerá o controle da investigação criminal é suficientemente complexo e apto a causar inúmeros transtornos e violências à presunção de inocência, sobretudo se consideradas as funções inerentes à prisão (art. 3º-B, I, II, V, VI), que como já assinalado, tem íntima conexão com o princípio em estudo. Portanto, não importa qual dos juízes atue no caso, mas sim o fato de qualquer deles, presumindo a culpa do investigado (juiz das garantias) ou do acusado pode transformar as garantias individuais em pura ilusão e formalidades ocas durante o trâmite do inquérito ou do processo.

A vedação a juízos prematuros de culpabilidade é também fortemente rechaçada em outros órgãos internacionais - a propósito, merece destaque a Observación General n.º 32 do Comitê de Direitos Humanos da ONU que estabelece no art. IV, item 30, “ (...) *que no se presume la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable (...) exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de haver comentarios públicos em que se declare la culpabilidad del acusado*”.

No âmbito do TEDH, também tem havido manifestações sobre o tema. Podemos ilustrar a hipótese com exemplo extraído do caso Gutsanovi c. Bulgarie. O indivíduo fora preso em 31-3-2010, suspeito de participar de um esquema de desvio de recursos públicos. Naquele dia, pela manhã, fora surpreendido por agentes do Estado que o prenderam, além de realizar buscas em seu domicílio e local de trabalho. A reclamação do interessado dizia respeito a 4 situações diferentes. Uma entrevista do Primeiro Ministro da Bulgária no dia 5-4-10; uma coletiva de

---

<sup>690</sup> Arts. 3º-B a 3º-F, CPP, suspensos por liminar concedida no STF por LUIZ FUX nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

imprensa do Procurador Regional do órgão responsável por conduzir as investigações, 31-3-2010; uma entrevista do Ministro do Interior para um canal de comunicação, jornal *Chermore*, 01-04-2010, dando informações sobre o andamento da investigação. Ademais, segundo informações do interessado, o Ministério do Interior teria repassado informações sobre a operação a canais de comunicação que acompanharam a diligência; uma decisão de manutenção da prisão preventiva a que estava submetido, transformada posteriormente em prisão domiciliar, em que o conteúdo revelava um julgamento precipitado sobre a culpa.

Aqui interessa mais especificamente o último ponto mencionado que diz respeito à decisão de manutenção de preventiva proferida em 18 de maio de 2010 pelo Tribunal regional de Varna. Neste caso, a Corte analisou se a linguagem e a fundamentação utilizada pelo magistrado ao decidir sobre manutenção de uma prisão preventiva violara a presunção de inocência por meio de emissão de juízo de culpa. A corte entendeu que houve a violação da presunção de inocência. Observou que ao decidir sobre a prisão, a decisão deve conter motivação suficiente e apontar o estado de suspeita acerca da pessoa afetada. No entanto, no caso concreto, a decisão foi além da suspeita, para emitir um juízo e um tratamento de culpado, afirmando que uma infração penal tinha sido cometida e que o acusado estava envolvido nela. A frase apontada pela Corte como demonstrativa da violação é: "*En premier lieu, [le tribunal] est toujours d'avis qu'une infraction pénale a été comise et que l'inculpé y est impliqué...*". Advertiu que existe uma diferença entre afirmar que alguém é suspeito do cometimento de um crime ou que é culpado por tê-lo cometido e a antecipação da opinião antes da solução de mérito traduz desrespeito à presunção de inocência.<sup>691</sup>

Essa postura do TEDH em relação ao comportamento dos órgãos judiciais tem se identificado em vários julgados. No caso *Nestak c. Slovakia*, julgado em 27 de fevereiro de 2007, a Corte reafirmou que a presunção de inocência do art. 6º § 2º será violada se uma decisão judicial ou, ainda, uma declaração de um órgão público relacionando uma pessoa acusada com um crime refletir opinião de que ele é culpado antes de sua culpa ter sido provada de acordo com a lei. Dentre as alegações da parte interessada no caso, uma foi acolhida ao se entender que numa decisão de 11 de outubro de 2000, a Corte Regional manteve a prisão do interessado ao considerar que estava provado que ele havia cometido o crime (roubo a uma casa de jogos em concurso com outro indivíduo) mobilizado por necessidades financeiras e que a existência de outras condenações demonstrava o risco de que o acusado continuasse a cometer crimes de

---

<sup>691</sup> Cour Européene des Droits de L'Homme. **Affaire Gutsanovi v. Bulgarie** (Requête n.º 34529/10 Arrêt), §§ 202, 203. Disponível em: <http://bit.ly/3qwE5SD>. Acesso 22 ago. 2020.

caráter financeiro. O TEDH enfatizou novamente a necessidade de distinguir entre uma declaração de alguém que é justificadamente suspeito de um crime de uma declaração judicial, sem uma solução de mérito do caso, no sentido de reconhecer o cometimento do crime pela pessoa acusada.<sup>692</sup>

No caso *Matijasevic contra Serbia*, 19-9-2006, o TEDH reconheceu a violação ao princípio em razão dos termos empregados na decisão de revisão de uma prisão preventiva ao pressupor a culpabilidade do interessado e na decisão que a confirmou em grau recursal.<sup>693</sup> Em 2 de abril de 2004, um colegiado de três juízes do Tribunal de Novi Sad prorroga em dois meses a detenção provisória do suspeito. Dentre os motivos da decisão, os juízes apoiaram-se sobre condenações anteriores do interessado, assim como em seu comportamento antissocial persistente, e indicaram expressamente que ele havia "cometido as infrações penais que fazem parte das acusações em causa" (...*commis les infractions pénales faisant l'objet des poursuites em l'espèce*). Concluíram que, se livre, poderia cometer novos crimes. Em 22 de abril, a Corte Suprema rejeitou o pedido do interessado que alegava justamente violação à presunção de inocência em razão do pré-julgamento constante na decisão que manteve a prisão preventiva. Nesse caso, a Corte Suprema baseou-se também e apenas nas condenações anteriores do recorrente, além de afirmar risco de novas infrações, sem analisar o pedido do ponto de vista da presunção de inocência.

Ao julgar o caso, o TEDH reafirma que a presunção de inocência é violada se uma decisão judicial ou uma declaração oficial relativa a um suspeito reflete o sentimento de que é culpado, ainda que sua culpabilidade não esteja previamente e legalmente estabelecida. Basta, mesmo sem uma constatação formal, uma motivação que dê a entender que o magistrado ou agente público considera o indivíduo como culpado, a expressão prematura de uma tal opinião pelo próprio tribunal ultraja incontestavelmente a presunção de inocência (§ 45). E adverte que há uma diferença fundamental entre afirmar que alguém é culpado de uma infração penal, sem que haja condenação definitiva, ou que é apenas um suspeito.

Um importante aspecto que esteve em discussão no caso *Matijasevic* dizia respeito ao fato de que o interessado foi condenado posteriormente a 8 anos de prisão pelo cometimento de crime de incitação a homicídio. No entanto, o TEDH consignou que o fato de sobrevir

---

<sup>692</sup> European Court of Human Rights. **Case of Nestak v. Slovakia** (Application n.º 65559/01, §§ 88, 89. Disponível em: <http://bit.ly/3r2rWVb>. Acesso em 23 set. 2020.

<sup>693</sup> FRAILE. Francisco Díaz. **La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva**. Crítica del Derecho español vigente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 52. Conferir também: Cour Européene des Droits de L'Homme. **Affaire Matijasevic c. Serbie** (Requête n.º 23037/04 Arrêt). Disponível em: <http://bit.ly/3q3kpV0>. Acesso 22 ago. 2020

condenação não apaga o direito à presunção de inocência que deve acompanhar o indivíduo durante toda a persecução penal (§ 49).<sup>694</sup>

Assim, a presunção de inocência servirá como uma lente pela qual se analisa o comportamento do juiz a fim de diagnosticar eventual frustração do direito. A identificação de juízos prematuros de culpabilidade que antecipam uma tomada de posição sem que o processo tenha chegado a ter o mérito decidido aponta para um esvaziamento do processo judicial diante do tratamento como culpado.

Ao considerar o suspeito ou acusado como culpado de forma prematura viola-se a presunção de inocência em sua projeção autônoma como exigência constitucional de tratamento como inocente; em segundo lugar, à tomada de posição é comum seguir-se com possíveis aplicações de medidas cautelares ou desrespeito a outros direitos fundamentais como já apontado no tópico anterior; por fim, também fragiliza, quando não elimina, a legítima expectativa que o indivíduo poderia nutrir em relação à participação efetiva na construção da decisão judicial de mérito que desde o início do caso fica condicionada por pré-juízos inautênticos (tendência à condenação).<sup>695</sup>

Assim, a análise do comportamento do órgão judicial em geral e do conteúdo das decisões judiciais deferidas tanto na fase de investigação quanto durante o processo judicial em particular, alcançando inclusive as instâncias recursais, pode levar à conclusão de que em determinados casos já se selou, antecipadamente, a culpa do indivíduo, circunstância em que, segundo nos parece, haverá tomada de posição do representante judicial e rompimento com o dever de imparcialidade judicial, contexto em que se combinam os dois princípios ora abordados.

No Brasil, ainda que a CF/88 não preveja expressamente a garantia do juiz imparcial, esta decorre da adesão a tratados internacionais onde a garantia consta expressamente, como no

---

<sup>694</sup> No caso *Böhmer contra Alemanha*, 3-10-2002, o Tribunal entendeu que o emprego de termos inadequados por parte de um Tribunal Alemão, em razão da existência de processo pendente de julgamento contra o réu, violava a presunção de inocência ao presumir-se uma culpa ainda não comprovada nos autos mencionados. A manifestação judicial que não se limita a “expressar um estado de sospecha sino que da por probada la comisión del delito pendiente de juicio” é uma violência ao princípio. No caso *Lavents contra Letonia*, 28-11-2002, o TEDH entendeu violada a presunção de inocência porque o juiz deu várias entrevistas em que pressupunha a culpabilidade do acusado antes de uma comprovação legal da culpa.

<sup>695</sup> Com efeito, diz ALONSO, o contraditório é um dos princípios, junto com o princípio dispositivo, que está na base da imparcialidade judicial e exige do julgador a audiência de ambas as partes. Por isso mesmo, na linha de Werner GOLDSMICHDT “*quine no confiere audiencia a ambas partes por este solo hecho ya há cometido una parcialidade, porque no ha investigado sino la mitad de lo que tenía que indagar*”. ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2. ed. [S.l.]: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 130/131.

art. 8, 1, CADH e art. 14, 1, PIDCP,<sup>696</sup> art. 10. DUDH, art. XXVI da DADH. Ademais, no CPP algumas regras de incompatibilidades, suspeição e impedimento tentam dar contornos à matéria (art. Art. 112, 252, 254, CPP), embora um dos pontos polêmicos resida justamente na discussão sobre se o rol aí apresentado é taxativo ou exemplificativo<sup>697</sup> ou mesmo se é capaz de dar conta da complexidade da função jurisdicional atualmente.

Em todo caso, há de se levar em conta primeiro se há quebra da imparcialidade judicial em razão da emissão prematura de juízos de culpa durante a investigação ou o processo, o que a nosso ver pode sim ocorrer; em segundo lugar, considerar que se essa quebra de imparcialidade pudesse ficar indene de sanção processual simplesmente porque falta uma hipótese legal específica, a garantia processual da presunção de inocência e assim também a da imparcialidade judicial seriam praticamente esvaziadas. A propósito, a imparcialidade judicial é um pressuposto do devido processo legal<sup>698</sup> e causa de nulidade (art. 564, I, CPP).

As reflexões ora apresentadas inserem-se numa perspectiva de que juiz imparcial é aquele que, na posição fundante e central do sistema processual,<sup>699</sup> não se confunde nem confunde seus próprios interesses com nenhuma das partes interessadas;<sup>700</sup> não substitui nem ocupa, ainda que provisoriamente, o lugar de qualquer das partes; não exerce, mesmo que complementar ou supletivamente função de parte, sobretudo a de natureza probatória; ouve igualmente todos os interessados do caso; garante o equilíbrio processual por meio da fiel observância do devido processo legal; e, por fim, julga, mas, como adverte COUTINHO, ciente das armadilhas que a atual estrutura inquisitória impõe, sobretudo porque mascaradas em mitos

---

<sup>696</sup> Assim, independentemente das discussões acerca do nível hierárquico do tratado de direitos humanos ao qual o Brasil aderiu antes da EC/45 e sem o quórum qualificado de 3/5, o princípio da imparcialidade judicial ostenta caráter normativo que, na pior das hipóteses, tem estatura supralegal (RE 466.343) e no cenário mais otimista guarda conformação constitucional em razão da cláusula de abertura inscrita no art. 5º, § 2º, CF/88.

<sup>697</sup> Sobre a impossibilidade de limitar a imparcialidade judicial às causas de suspeição ou impedimento previstas em lei, dentre outros, v. POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 116-120, jan/jun. 2013; LORA, Deise H. K. Subjetividade e imparcialidade no Processo Penal. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 193. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773081>. Acesso em 23 set. 2020.

<sup>698</sup> Sobre posição da CORTE IDH, v. RIVAS, Juana María Ibáñez. Garantias judiciales. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 270.

<sup>699</sup> LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal. Introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 176.

<sup>700</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Empório do Direito**, 2015. O papel do juiz no novo processo penal. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em 23 set. 2020.

de objetividade e neutralidade<sup>701</sup> que encobrem as faces ocultas dos conflitos socioeconômicos e políticos.<sup>702</sup>

Com efeito, a “imparcialidade como limite aos prejuízos que a subjetividade individual pode trazer para o processo”<sup>703</sup> traduz no mundo jurídico uma preocupação em construir “filtros impeditivos prévios e de imediata retirada do julgador do caso, assim que verificada a possibilidade de um julgamento parcial (possibilidade e não certeza), aliados a diques de contenção endoprocessuais e sanções administrativas e pecuniárias *ex post*”,<sup>704</sup> com a principal finalidade de preservar a cognição do magistrado de modo que nenhuma parte “seja beneficiada em detrimento da outra, mesmo involuntariamente”.<sup>705</sup>

---

<sup>701</sup> Também sobre o mito da neutralidade, GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 249; RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 70 e ss. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.

<sup>702</sup> O papel do juiz no novo processo penal. Interessante pensar nas lições de Jacinto Coutinho. Se a estrutura inquisitiva estava intimamente ligada à tutela do poder e a descoberta da verdade era um dos cânones do processo, garantindo ao juiz poder absoluto sobre o réu, é importante que o juiz atual, ciente dessas armadilhas, possa se perguntar sobre o próprio desejo no conduzir o processo e em relação à pretensão da verdade. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Empório do Direito**, 2015. O papel do juiz no novo processo penal. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em 23 set. 2020.

<sup>703</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 72. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.

<sup>704</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 249.

<sup>705</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.

A imparcialidade assim compreendida se apresenta em perspectivas distintas com forte influência de casos julgados pelo TEDH, notadamente os casos Piersack<sup>706</sup> e De Cubber.<sup>707</sup>

Primeiro, como imparcialidade subjetiva, inerente aos limites exigíveis quanto às relações entre o julgador e as partes e em relação a pré-juízos e inclinações em favor de qualquer dos envolvidos no processo, no caso concreto. Trata-se do âmbito de convicção pessoal do magistrado, presumidamente imparcial. Encontra-se relacionada ao vínculo do juiz com as partes, com o foro íntimo do juiz. Segundo RITTER, “é examinada (por mais complexo que isso seja) no íntimo da convicção do magistrado, para evitar que um processo seja conduzido por alguém cuja opinião sobre o fato apurando ou sobre os envolvidos já foi anteriormente manifestada”.<sup>708</sup> Cabe aos interessados (lesados) demonstrá-la, trazendo atos praticados que

---

<sup>706</sup> Christian Piersack, fabricante de armas de nacionalidade belga, foi preso em território francês e entregue às autoridades belgas (04/02/1977), acusado de participação no assassinato de duas pessoas. Atuou como coordenador da seção da promotoria que investigou o caso, Pierre Van de Walle, o mesmo que posteriormente presidiu o Tribunal do Júri de Barbante, condenando Piersack à pena de 18 (dezoito) anos de trabalhos forçados. Inconformado com a situação, Piersack recorreu ao Tribunal de Cassação belga, que indeferiu, entre outros pleitos, a caracterização de violação de dever de imparcialidade do Tribunal do Júri, por entender que não haveria comprovação acerca da efetiva atuação de Van de Walle no processo investigatório. Levada a discussão ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foi alegado pelo governo belga, em suma, que o caso de Piersack havia sido acompanhado e analisado pelo superior direto de Pierre Van de Walle, constando seu nome apenas em alguns documentos por questões administrativas que não guardavam relação com o caso, não havendo, portanto, violação do artigo 6.1, do Convênio para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. No entanto, o Tribunal concluiu que quanto à suposta mácula à independência dos magistrados, não havia prova suficiente de sua violação, visto que, pela legislação belga, esses gozam de garantias contra eventuais pressões internas e externas. Em contrapartida, no tocante à alegação de afronta à imparcialidade judicial (especificamente no viés objetivo) o entendimento foi diverso, sendo acolhida a tese de Piersack. Assim, por meio do caso Piersack vs. Bélgica, é possível observar que já em 1982 o TEDH ocupou-se com o tema da imparcialidade judicial, tendo desde a época firmado entendimento de que há violação da imparcialidade objetiva do juiz, quando, no processo forem acumuladas as funções de acusar e julgar por uma só pessoa. European Court of Human Rights. **Case of Piersack v. Belgium** (Application n.º 8692/79). Disponível em: <http://bit.ly/3q3lJXY>. Acesso em 23 fev. 2021.

<sup>707</sup> De Cubber (cidadão belga) foi condenado pelo Tribunal de Oudenaarde a 5 (cinco) anos de prisão e pagamento de multa no valor de 60,000 BF (sessenta mil francos belgas), por furto de automóvel, e 1 (um) ano de prisão e pagamento de multa no valor de 8,000 BF (oito mil francos belgas) por falsificação de documentos. Ocorre que, um dos três magistrados responsáveis pelo julgamento no respectivo Tribunal (Sr. Pilate) atuou na investigação de ambos os processos, gerando a irresignação do acusado, que, após um segundo julgamento do caso pelo Tribunal Recursal de Ghent, recorreu ao Tribunal de Cassação, alegando a violação do Artigo 6º, parágrafo 1º, do Convênio Europeu para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em decorrência da dupla atuação do julgador no processo (investigação e julgamento). Não tendo sido acolhido seu pleito, foi necessário levá-lo para a apreciação do TEDH, que ao analisar a imparcialidade do Sr. Pilate sob os dois enfoques já aqui tratados (subjetivo e objetivo), concluiu que as atividades de tal julgador na fase investigatória poderiam sim gerar dúvida no jurisdicionado quanto à sua imparcialidade como membro do órgão colegiado, sobretudo por seu considerável envolvimento no caso, que poderia ser fator determinante para o julgamento, em razão da influência que teria sobre os demais magistrados, além da possibilidade de já estar previamente contaminado para decidir, restado, pois, violado o artigo 6º, parágrafo 1º, da Convenção. Court of Human Rights. **Case of De Cubber v. Belgium** (Application n.º 9186/80). Disponível em: <http://bit.ly/3ky5KjC>. Acesso em 23 fev. 2021.

<sup>708</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76. *E-book*. Disponível em: <http://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.



possam evidenciar o intento de prejudicar (no mais das vezes o acusado) ou beneficiar uma das partes.

Como imparcialidade objetiva, que exige do julgador o equilíbrio e uma demonstração que dê credibilidade ao julgamento, ou seja, a existência de garantias suficientes de que não existam pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto de julgamento. Portanto, diz respeito à relação estabelecida entre o magistrado e o caso penal a ele apresentado. Advém da sua prévia relação com o objeto do processo, não da relação do juiz com as partes. Busca preservar um espaço livre de dúvidas sobre a condução do processo sem preferência a uma ou outra parte,<sup>709</sup> transmitindo à sociedade e à comunidade jurídica a imagem de uma atividade jurisdicional efetivamente imparcial.

Foi a partir dos casos Piersack e De Cubber, inclusive, que se desenvolveu uma importante ideia de imparcialidade associada à aparência ou estética<sup>710</sup> da imparcialidade. O TEDH afirmou, em síntese, que a jurisdição deve ser exercida de maneira imparcial, de forma o mais perceptível possível, a tal ponto de gerar um estado de confiança da sociedade no poder judiciário. Trata-se, na expressão do Tribunal (caso Delcourt c. Bélgica): *just must not only be done; it must also be seen to be done*. Ou seja, a sociedade precisa acreditar que o cidadão recebeu um julgamento imparcial e justo.<sup>711</sup>

Enquanto esses julgados incorporaram uma visão de imparcialidade objetiva-abstrata, um julgamento posterior no caso Hauschildt c. Dinamarca introduziu novo elemento ao tema, ao analisar concretamente se houve quebra da imparcialidade do ponto de vista objetivo, dando início ao que GIACOMOLLI chamou de análise objetivo-concreta.<sup>712</sup>

Nesse julgamento o TEDH entendeu ser necessária uma análise concreta do caso, já que ao decidir questões relacionadas ao curso da instrução (como uma prisão cautelar) o julgador

---

<sup>709</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.

<sup>710</sup> LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 209.

<sup>711</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/36u5T2y>. Acesso em 20 ago. 2020.

<sup>712</sup> Segundo LOPES JR essa alteração de postura do TEDH, entretanto, deveria ser vista com ressalvas. Para o autor a oscilação de jurisprudência começou nos anos 90, mas pode ser compreendida também pela simples mudança de opinião em razão dos influxos e pressões que sofre. Ademais, o momento em que os casos Piersack e De Cubber foram julgados marcava um período peculiar na maioria dos países europeus que ainda contavam com a figura do juiz instrutor. O completo abandono dos juizados de instrução (Alemanha, Itália, Portugal) ou a vedação completa de que o juiz que instrui possa julgar (modelo espanhol) acabou por tornar superadas as preocupações que animavam os paradigmáticos julgamentos referidos. O contrário, todavia, ocorreria no Brasil em que tendências de alterações legislativas incorporam maior poder ao juiz. LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181, nota de rodapé 59.

não necessariamente depara-se com as mesmas circunstâncias que devem ser examinadas na decisão terminativa, o que, a princípio, tornaria plenamente possível a atuação de um mesmo julgador em ambas as etapas do processo. Ou seja, abstratamente não haveria parcialidade pela simples atuação do julgador no curso de processo e posteriormente no julgamento. E assim foi feito no caso. Analisando-se, então, suas particularidades – especialmente o fato de o juiz Larsen por 9 (nove) vezes ter mantido a prisão preventiva de Hauschildt, sob o argumento de haver fortes indícios de culpabilidade pelos crimes investigados – o Tribunal entendeu como justificado o receio do requerente quanto a possível parcialidade do referido julgador (presidente do julgamento), existindo, por conseguinte, violação do artigo 6-2, da CEDH.

Importante mencionar, entretanto, que do ponto de vista da estética da imparcialidade, a CORTE IDH tem compreensão mais elástica do que a articulada pelo TEDH a partir do caso Hauschildt (objetivo-concreta). Nesse sentido, LORA afirma que o órgão interamericano mantém uma noção de confiança pública em termos gerais, sem a exigência de adentrar no exame específico de elementos dos autos, sendo suficiente a justaposição das funções repressiva, investigatória e decisória.<sup>713</sup>

A rigor, essas expressões de imparcialidade representam uma exigência de que toda pessoa que figure como parte investigada ou processual possa nutrir uma expectativa legítima de decisão judicial, cujo mérito fique a cargo dos debates jurídicos e da matéria jurídica em questão, mas não dependa nem se solucione em razão de pré-juízos e inclinações favoráveis ou desfavoráveis do julgador em relação aos envolvidos ou ao objeto da causa e que nada tenham de relação com a questão judicial em análise.

A propósito, RITTER ratifica a advertência feita no caso *Kyprianou c. Cyprus* no sentido de que a distinção prática das duas direções da imparcialidade nem sempre é possível e precisa, já que a imparcialidade objetiva em um determinado caso pode decorrer justamente porque o julgador deixa transparecer sua íntima convicção.<sup>714</sup> No entanto, o que importa é a finalidade de evitar arbitrariedades e manipulações (in)conscientes do julgador, bem como contaminação subjetiva capaz de perturbar o julgamento do caso concreto de forma idônea.<sup>715</sup>

---

<sup>713</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 179. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773081>. Acesso em 23 set. 2020.

<sup>714</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 78. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.

<sup>715</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251.

Diante do quadro exposto, a junção do princípio da presunção de inocência com o princípio da imparcialidade tem a nosso ver uma repercussão de caráter conformativo da atividade jurisdicional que não se confina à garantia de uma decisão de mérito justa orientada pela originalidade cognitiva, mas alcança toda e qualquer decisão judicial capaz de afetar a liberdade do sujeito.

Logo, quando o pronunciamento judicial formalmente proferido nos autos ou opinião do juiz competente manifestada fora da investigação ou do processo mas sobre o caso pendente de solução de mérito revelar conteúdo que expressa reconhecimento de culpabilidade do investigado ou processado, configurando juízo antecipado sobre o fato penal e sua autoria, há de se reconhecer a violação à presunção de inocência.

A decisão ou opinião que afronta a presunção de inocência em razão da desobediência ao postulado básico de só emitir juízo sobre o mérito do caso em sentença (arts. 386 e 397, CPP) aponta para a quebra da imparcialidade judicial em razão da tomada prévia de posição em favor da hipótese acusatória; o comportamento judicial que se revela inquinado à parte acusadora, acolhendo precipitadamente a narrativa oferecida pelo Ministério Público ou mesmo acrescentando a ela percepções indevidas e pessoais do juiz competente, tende a repercutir na decretação de medidas de restrição de direitos e privação da liberdade durante a investigação ou o processo e reduzir ou mesmo eliminar qualquer perspectiva de sentença absolutória.

Em casos tais, ao corromper o objetivo do processo como tutela dos inocentes e instrumento de concretização de direitos fundamentais, o juiz mostra-se inapto a conduzir o processo de forma equidistante aos interesses em jogo e quebra completamente a projeção de confiança que deve despertar tanto nas partes quanto na sociedade e na comunidade jurídica. Recorde-se, aliás, que o respeito à presunção de inocência, como captado por FERRAJOLI, tem mesmo o potencial de preservar a confiança dos cidadãos no poder judiciário.

Como pontua GLOECKNER, um sistema que expulsa a presunção de inocência oferece um modelo processual penal propício para o juiz que não tem dúvidas, satisfazendo de forma peculiar o sistema inquisitório. “Um juiz que não tem dúvidas é um juiz imprestável à democracia. Inversamente, um juiz pleno de certezas é confiável ao regime autoritário sob as vestes do inquisitorialismo”.<sup>716</sup>

---

<sup>716</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prefácio. In: RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 22/23. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.

Dessa forma, acredita-se que a constatação de quebra da imparcialidade em razão da violação ao princípio da presunção de inocência deve ser remediada pelo imediato afastamento do juiz do caso, utilizando-se para tanto de uma visão ampliada das hipóteses autorizadas hoje confinadas a interpretações restritivas dos arts. 252 e 254 do CPP,<sup>717</sup> que deixam de preservar a “legitimidade e primariedade da cognição e evitar pré-julgamentos e proteger a espontaneidade contraditória na formação do convencimento judicial”,<sup>718</sup> falhando justamente em atingir o sentido dos dispositivos mencionados.<sup>719</sup>

Em reforço à interpretação ampliada suscitada, há de considerar a figura da recusa, admitida pela CORTE IDH com dupla finalidade: primeiro, garantia em favor das partes do processo; segundo, para buscar dar credibilidade à função jurisdicional. Assim, é direito da parte solicitar o afastamento do juiz quando para além de sua conduta pessoal, existam fatos demonstráveis e elementos convincentes que produzam temores fundados ou suspeitas legítimas de parcialidade sobre a pessoa implicada, revelando uma impressão de que sua decisão é motivada por razões alheias ao Direito e que o funcionamento do sistema judicial esteja distorcido. A figura da recusa não pretende ser um atestado moral sobre a retidão do juiz, mas sim uma ferramenta apta a promover confiança àqueles que se socorrem ou se submetem à atividade estatal do Poder Judiciário, cujos órgãos devem ser e aparentar ser imparciais.<sup>720</sup>

A simples reforma ou anulação de decisão judicial e dos efeitos dela decorrentes não é suficiente para garantir o tratamento do presumido inocente. Basta para tanto considerar as contribuições de RITTER, de SCHUNEMANN<sup>721</sup> ou de LORA, por exemplo, demonstrando

<sup>717</sup> Interpretação ampliada que busque evitar sequer a dúvida acerca de um julgamento sem imparcialidade. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251.

<sup>718</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 191. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773081>. Acesso em 23 set. 2020.

<sup>719</sup> A propósito: “Entretanto, muito mais urgente do que novos dispositivos legais é premente uma mudança de cultura jurídica com definitiva superação do positivismo vazio, afinal, o instituto não pode ser definido pelas suas hipóteses constitutivas, devendo, ao revés ser abalizado pela essência do que representa. Em outras palavras, os artigos 252 e 254 do código de processo penal não delimitam o dever de imparcialidade, já que seu espírito decorre de uma interpretação sistemática da norma constitucional, incluindo-se, nesse contexto, todo o bloco de constitucionalidade integrado pelas convenções internacionais de que o Brasil é parte”. LORA, Deise H. K. **Subjetividade e imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 193. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773081>. Acesso em 23 set. 2020.

<sup>720</sup> Sobre a figura da recusa, v. RIVAS, Juana María Ibáñez. Garantias judiciales. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 280; Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. 2008. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf). Acesso em 23 set. 2020.

<sup>721</sup> V. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança, p. 205/221, em SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

que a contaminação subjetiva do juiz ocorre por diversos mecanismos psíquicos, linguísticos, conscientes e inconscientes e que a eliminação de hipóteses já consolidadas mentalmente não é tarefa simples de se operar.<sup>722</sup>

De fato, não se parte aqui da pretensão de alcançar um (inalcançável) juiz neutro e impermeável aos influxos de contaminação próprios de um ser humano; o objetivo é apenas oferecer uma estratégia para lidar com esses problemas e de tentar (por meio da ampliação do conteúdo da presunção de inocência) reduzir a influência que essas condicionantes impõem ao juiz competente e de como refletem na vida do acusado ou processado.<sup>723</sup>

Se é verdade que nem sempre será possível reconhecer onde e quando se manifesta o juiz parcial em razão das inumeráveis variantes que podem ocultar sua presença, não será menos verdadeiro que nos casos mais ostensivos se poderá adotar medidas de contenção, redução dos danos ocorridos ou mesmo de eliminação de perigos prováveis.

Anote-se ainda que embora a problemática da imparcialidade normalmente esteja atrelada a uma genuína e importante preocupação com o momento de julgar, o tema suscita preocupações também durante todo o procedimento penal, de forma que, na compreensão aqui exposta, qualquer manifestação de violação à presunção de inocência em razão de juízos prematuros, independentemente do momento, acarreta a quebra da imparcialidade. Assim, a introdução do juiz de garantias pode contribuir no que diz respeito à imparcialidade no

---

<sup>722</sup> Segundo FESTINGER, a presença da dissonância gera pressões para redução ou eliminação das contradições. A força da pressão é uma decorrência da *magnitude* da dissonância e manifesta-se de várias formas que, em comum, tem a característica de tentar mudar um dos elementos cognitivos em questão. Em síntese, a teoria da dissonância cognitiva salienta que toda pessoa tende a procurar um *equilíbrio cognitivo* entre os conhecimentos e suas opiniões, de modo a evitar contradições internas, preservando a *consonância cognitiva*. Toda vez que surge uma contradição, ou seja, uma *dissonância cognitiva*, há um motivo para buscar reduzi-la ou restaurar a consonância por meio da eliminação das contradições. Esse fenômeno, em geral, ocorrerá por meio de mudanças cognitivas, comportamentais e pela exposição circunspecta a novas informações e opiniões. FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p. 24 e ss.

<sup>723</sup> Evidentemente, não desconsideramos que parte significativa das decisões pode ser igualmente mobilizada por elementos que não estejam conscientemente claros. Em todo caso, a apreensão de novos elementos teóricos e práticos pode e deve influenciar na totalidade conjuntural do sujeito em que se manifestam as compreensões dos fenômenos. Dessa perspectiva, se a condição de possibilidade de compreender e interpretar estiver intimamente relacionada a uma tradição em que o intérprete está inserido e cuja transmissão é decisivamente atravessada pela linguagem, supomos que vale a pena sim investir numa ampliação da gramática jurídica, na ampliação e na solidificação de princípios, regras, direitos e garantias fundamentais sem desprezar o passado (homem sem conteúdo), mas sem ficar refém de contextos históricos compartimentados. Nesse contexto, aliás, é que STRECK adverte com frequência para a importância de se apropriar da Constituição no sentido justamente de que ela seja condição de possibilidade de compreensão do direito praticado no país. Não se trata de buscar uma conceitualização abstrata de fenômenos jurídicos, mas de contribuir no desenvolvimento de práticas jurídicas fornecendo opções de direção.

momento de julgar,<sup>724</sup> mas não parece afetar a relação entre presunção de inocência e imparcialidade aqui mencionada.

Presunção de inocência e imparcialidade são garantias fundamentais que ostentam parcela de autonomia. Não se pretende afirmar que toda quebra de imparcialidade é uma violação da presunção de inocência. O que se aponta é que quando há um juízo prematuro sobre a culpa de alguém se rompe o dever de tratamento como inocente do sujeito afetado e a violação desse direito que orienta todo processo sugere a quebra da imparcialidade que deveria ser intrínseca à atividade do juiz. No entanto, há uma nítida distinção entre essa afirmação e o reconhecimento da parcialidade porque o juiz competente aconselhou uma das partes (art. 254, IV, CPP), por exemplo, que, aliás, poderia ser o próprio processado.

Há de se destacar, por fim, certa reciprocidade em relação à advertência anterior. Se a parcialidade nem sempre levará à violação da presunção de inocência, esta última, quando violada, não necessariamente implica em quebra da imparcialidade. Basta ver que no tema da prisão cautelar tal como apresentada anteriormente a finalidade de garantir a ordem pública em determinadas circunstâncias pode se orientar pela tentativa de evitar cometimento de crimes, o que, não necessariamente, significa juízo de culpa sobre o fato em apuração, recaindo a violação à garantia da inocência em outros fundamentos.

---

<sup>724</sup> Com efeito, o tema é polêmico e apesar de resistências inclusive corporativas ao advento do juiz de garantias no sistema processual penal brasileiro é vasta a literatura em favor do modelo de dois juízes, juiz das garantias ou das liberdades.

#### **4. ESTADO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO EXTRAPROCESSUAL**

A presunção de inocência como norma de tratamento em sua feição extraprocessual ou exógena está intimamente ligada a mesma ideia-força de não admitir que alguém seja tratado como se culpado fosse, ainda que sobre si não recaia qualquer condenação criminal definitiva. A questão é que aqui o âmbito de aplicação estende-se para alcançar também destinatários que não estão atuando dentro da investigação ou do processo e tem uma projeção bastante significativa em direção aos pronunciamentos em meios de comunicação de massa, delimitando zonas de contenção aos chamados juízos paralelos condenatórios.

Neste capítulo o objetivo é abordar o tema, tanto sob o ângulo da garantia em si, quanto das eventuais zonas de conflito com outros direitos.

Em primeiro lugar, será realizada a abordagem da presunção de inocência em caráter complementar às observações apresentadas anteriormente. Assim, há um destaque especial para as contribuições da CORTE IDH, do TEDH e do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de onde extraímos o conteúdo mínimo da garantia e indícios de quem são seus destinatários.

Passo seguinte, a publicidade processual será objeto de reflexão, sobretudo no que diz respeito à necessidade de compatibilização com a presunção de inocência. No próximo tópico chegaremos ao ponto sensível da liberdade de expressão, de imprensa, e dos eventuais conflitos com a garantia em destaque. Trataremos aí dos chamados juízos paralelos condenatórios e de como é possível limitá-los por meio da aplicação da presunção de inocência aos meios de comunicação.

Depois de uma breve abordagem sobre as confluências que se podem constatar entre as variáveis de descumprimento das dimensões processual e extraprocessual da presunção de inocência, seguimos apontando algumas medidas legais suscetíveis, ainda que com ajustes, a colaborar na delimitação do adequado tratamento de pessoas inocentes por órgãos de imprensa ou por pessoas que se manifestam por eles.

#### 4.1 A IDEIA DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO OBSTÁCULO AOS PREJULGAMENTOS. CARÁTER EXTRAPROCESSUAL. CONTEÚDO DA GARANTIA E DESTINATÁRIOS DA NORMA DE PROIBIÇÃO. CONTRIBUTO DAS CORTES INTERNACIONAIS.

Avancemos em um primeiro momento sobre o conteúdo da presunção de inocência enquanto exigência de tratamento extraprocessual. Já tivemos a oportunidade de demonstrar que a presunção de inocência, como exigência constitucional e convencional de tratamento, projeta-se para o âmbito extraprocessual, permitindo que se tracem limites às manifestações públicas acerca da culpabilidade de pessoas investigadas ou acusadas criminalmente, emitidas por agentes públicos, inclusive por meio de órgãos de comunicação.<sup>725</sup>

O desenvolvimento dessa faceta da presunção de inocência colhe contribuições relevantes de julgamentos da CORTE IDH e do TEDH e a análise de alguns desses julgamentos ajuda a compreender os princípios que orientam o tratamento da questão.

A presunção de inocência prevista no art. 8, 2, da CADH exige do Estado um comprometimento de não condenar informalmente uma pessoa em razão da emissão de juízos antecipados perante a sociedade, contribuindo para a formação de uma opinião pública inclinada à condenação, sem que tenha havido uma responsabilidade criminal nos termos da lei.<sup>726</sup>

No caso *Cantoral Benavides vs. Peru*, o senhor Luis Alberto Cantoral Benavides foi preso pela Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE) em 06-02-93 sem ordem judicial. Na ocasião, os agentes policiais foram ao seu domicílio em busca do irmão, José Antonio Cantoral Benavides, que não foi encontrado no local. Luis Alberto acabou preso junto com outro irmão, Luis Fernando, que o acompanhou voluntariamente às instalações da DINCOTE e acabou detido, processado e condenado.

Em 23-02-1993, Luis Alberto foi exibido publicamente aos meios de comunicação, vestido com um traje listrado idêntico ao dos presos condenados, como sendo integrante do Partido Comunista do Peru, Sendero Luminoso, e como autor do crime de traição à pátria, mesmo que ainda não houvesse sido legalmente processado e condenado.

---

<sup>725</sup> V. Cap. II, Item 2.2.3.2.

<sup>726</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, parágrafo 235. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.



Respondeu a processos no juízo militar e comum. Na esfera militar, a sentença de absolvição foi confirmada em quatro instâncias. Primeiro, a sentença de 05-03-93, proferida pelo *Juzgado Especial de Marina*, que o absolveu e determinou o envio do caso ao Fiscal Provincial de Turno de Lima; em seguida, o *Consejo Especial de Guerra de la Marina* confirmou a sentença, com a absolvição e a remessa do caso à esfera comum; na terceira decisão de mérito, proferida em 11-08-93, o *Consejo Supremo de Justicia Militar para Asuntos de Triación a la Pátria* o absolveu, determinando sua imediata liberdade; por fim, em 24-09-93, a *Sala Plena del tribunal Supremo Militar Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar* confirmou a absolvição, mas com o encaminhamento do caso ao foro comum para ser julgado pelo crime de terrorismo.<sup>727</sup> Apesar da determinação de soltura, a vítima ficou presa por um erro judicial que na época liberou um irmão de Luis Alberto. Ao todo, o cárcere durou de 06-02-93 a 25-06-97.

No foro comum foi processado pela prática do crime de terrorismo, a partir de denúncia oferecida em 07-10-93. Em 10-10-94 a *Sala Penal Especializada de la Corte Superior de Justicia de Lima* o condenou a 20 anos de pena privativa de liberdade; em 06-10-95, a *Corte Suprema de Justicia de Perú* confirmou a sentença condenatória.

Ao examinar o caso, a CORTE IDH acentuou que o princípio da presunção de inocência veda que uma pessoa seja condenada sem que haja prova plena de sua responsabilidade penal e que diante da insuficiência probatória a vítima teve seu direito violado.

Embora nesse julgamento ainda não tenha havido uma referência expressa à questão, já era possível perceber que a exposição em público de pessoa ainda não condenada poderia configurar uma violência ao seu direito à presunção de inocência. De fato, no contexto peruano, essa foi uma rotina adotada pelas autoridades estatais, notadamente a DINCOTE.

Já no caso *Lori Berenson Mejía vs. Peru*,<sup>728</sup> a vítima foi presa em 30-11-95, no âmbito de uma operação policial antiterrorista (ALACRAN 95), posteriormente acusada perante a justiça militar e condenada à prisão perpétua em 12-03-96 pelo crime de traição à pátria, julgando-se provado seu envolvimento com o Movimento Revolucionário Túpac Amaru (MRTA). Essa sentença foi anulada em decisão do Conselho Supremo de Justiça Militar em

---

<sup>727</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, parágrafo 63, II. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>728</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Lori Berenson Mejía vs Peru**. Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Caso+Lori+Berenson+Mej%C3%ADa+Vs.+Per%C3%BA>. Acesso em: 26 jun 2020

18-08-00, acolhendo um recurso da defesa e declinando a competência do caso para o foro penal ordinário.

Ainda antes da sentença na seara militar, em 08-01-1996, Lori Berenson foi exibida pela polícia peruana aos meios de comunicação, sem possibilidade de consulta prévia com seu advogado. O vídeo dessa exposição foi apresentado pelo Procurador como prova perante o *Juzgado Militar Especial*, afirmando que a filmagem “*acredita(ba) em forma indubitable el reconocimiento expreso realizado por (la presunta víctima) de su pertinência’ a un grupo subversivo*”.<sup>729</sup>

Depois do declínio de competência, a vítima foi acusada novamente pela suposta prática do crime de terrorismo. Dentre as provas oferecidas pelo Fiscal Adjunto Superior Penal de Terrorismo a Nível Nacional, constava a diligência de exibição e transcrição do vídeo cassete onde Lori Berenson foi apresentada perante a imprensa. A defesa da vítima também juntou um vídeo desta apresentação, ocorrida em 08-01-96, como prova, afirmando que fora apresentada nesta ocasião como “integrante do movimento terrorista, MRTA”.

Sobre o episódio da exibição à imprensa, Lori Berenson declarou à CORTE IDH que a apresentação ocorreu apenas três dias antes da sentença no juízo militar. Na ocasião, fora conduzida a uma sala, onde um coronel a informou que seria exibida e teria que gritar se quisesse ser ouvida. Não pode consultar seu advogado para avaliar a conveniência da situação. Ela foi levada a uma espécie de palco (*tarima*) onde havia muita gente e bastante luz, periodistas e militares que gritavam seu nome e exclamavam: “*terroristas, traidores a la pátria*”. Lori Berenson levantou a voz e se mostrou muito incomodada, do que se arrependeu, posteriormente, por acreditar que esse comportamento foi decisivo para sua condenação, além de deixar uma imagem negativa perante a opinião pública, já que o episódio foi compreendido como uma apologia ao terrorismo e uma demonstração de sua suposta qualidade de dirigente do MRTA.

Em 20-06-01, a Sala Nacional de Terrorismo proferiu sentença condenando Lori Berenson pela prática do crime de terrorismo, na modalidade de atos de colaboração, fixando uma pena privativa de liberdade de 20 anos, que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Peru.<sup>730</sup>

A sentença de fundo da CORTE IDH analisa vários outros pontos cujo exame é aqui desnecessário. No que toca à presunção de inocência houve uma partição entre juízo militar e

---

<sup>729</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Lori Berenson Mejía vs Peru**, parágrafos 88.28, 88.29. Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Caso+Lori+Berenson+Mej%C3%ADa+Vs.+Per%C3%BA>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>730</sup> *Ibid*, parágrafos 88.69, 88.72.

juízo comum. Consignou-se na decisão que “*el derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública*”, ainda que não haja responsabilidade penal comprovada conforme a lei.<sup>731</sup>

Subscrevendo a posição do TEDH acerca da necessidade de que agentes estatais pautem-se pela discricção e pela cautela no ato de fornecer informações públicas atinentes a investigações ou processos, a CORTE IDH assinalou como uma violação à presunção de inocência a exposição da vítima, Lori Berenson, diante de meios de comunicação como autora do delito de traição à pátria, durante o procedimento penal militar. Entretanto, não houve reconhecimento de mácula ao princípio em causa no que diz respeito ao processo penal no foro ordinário.<sup>732</sup>

No caso *J. vs Peru*,<sup>733</sup> J. foi presa pela Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE, instalada a partir de 1992) durante uma operação (Moyano) que buscava desarticular células supostamente terroristas ligadas ao Partido Comunista peruano – Sendero Luminoso. Dentre as suspeitas de participação, figurava o jornal *El Diálogo* a quem J. fora relacionada. Durante uma busca domiciliar realizada em 13 de abril de 1992 no endereço dos pais de J., local suspeito de acomodar instalações do periódico, a polícia disse ter encontrado documentos, manuscritos e propagandas do Partido Comunista. Na mesma noite e no mesmo local, J. foi presa junto com outra pessoa. Ainda naquele mesmo dia 13, houve uma busca domiciliar no endereço residencial de J., onde foram encontrados alguns revólveres e cartuchos. A irmã mais nova de J. também fora presa na ocasião.

J. ficara presa sob os cuidados da DINCOTE de 14 a 30 de abril de 1992, sendo, posteriormente, transferida para o Instituto Nacional Miguel Castro Castro. Ela foi presa e acusada do crime de terrorismo, com especial envolvimento na redação, edição e coordenação com periodistas estrangeiros no interesse do periódico clandestino *El Diálogo*.

Depois de sua prisão, foram emitidas várias notas de imprensa acerca de seu presumido envolvimento com o grupo Sendero Luminoso. Em 23 de abril de 1992, J. fora apresentada numa coletiva de imprensa do Ministro do Interior, junto com outras pessoas também presas em razão da operação Moyano, inclusive sua irmã mais nova. Segundo a requerente, na época

---

<sup>731</sup> Ibid, parágrafo 160.

<sup>732</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Lori Berenson Mejía vs Peru**, parágrafos 159 e 161. Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Caso+Lori+Berenson+Mej%C3%ADa+Vs.+Per%C3%BA>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>733</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020

foi exposta aos órgãos de imprensa como terrorista, integrante do Sendero Luminoso e envolvida na parte de propaganda partidária.

Em 18 de junho de 1993, a Corte Superior de Justiça de Lima absolveu a acusada e outros acusados por insuficiência probatória, afastando as acusações por crime de terrorismo e associação ilícita contra o Estado. Foi determinada a soltura da ré. Logo após obter sua liberdade, J. saiu do país em agosto de 1993 em direção ao Reino Unido, onde obteve acolhimento permanente na condição de refugiada, tendo recebido a nacionalidade britânica em fevereiro de 2003.

No entanto, aquela sentença de absolvição fora anulada pela Corte Suprema de Justiça do Peru em dezembro de 1993, mas ela voltou a ser processada pelo crime de terrorismo, com pedido de prisão de 20 anos e mais reparação civil. Em 18 de fevereiro de 1994, foi ordenada a recaptura de J. e em 21 de setembro de 2004 a Sala Penal Permanente da Corte Suprema ordenou que se emitisse ordem de captura da acusada tendo em vista que havia sido localizada em Londres. O processo aguardava o retorno da ré ao Peru.

O caso despertou um novo interesse da imprensa peruana quando, durante uma viagem à Alemanha em dezembro de 2007, J. fora presa por conta da ordem internacional de prisão emitida pela Interpol. Em 4 de janeiro ela fora colocada em prisão preventiva, posteriormente substituída por caução e outras condições. Contudo, em agosto de 2008, o Tribunal Regional Superior da Colonia indeferiu o pedido de extradição, ao argumento de que era inadmissível processar alguém duas vezes pelo mesmo fato.

Entretanto, ainda em 2007, 2008 e 2012 se identificaram artigos veiculados em periódicos peruanos tratando do caso de J. e de seu envolvimento com o “grupo terrorista” Sendero Luminoso, além de declarações de autoridades públicas durante a segunda fase das acusações atribuindo à J. a participação do grupo Sendero Luminoso. Em artigos resenhados na imprensa se noticiava:

(...)a Procuraduría Antiterrorista del Ministerio del Interior (Mininter) se mantendrá vigilante para que se cumplan con rapidez los trámites para la extradición de la presunta senderista [J.], según lo informó a Correo el encargado de ese despacho, Julio Galindo. [...] *El Procurador Julio Galindo dijo además estar seguro de que Alemania aceptará el pedido de extradición contra [J.], pues ella ‘fue integrante de Sendero Luminoso, una terrorista indiscutible, y confío en que se permitirá su regreso al Perú para ser juzgada como corresponde’* (ênfasis añadido). “Procuraduría vigilará rapidez en extradición de [la señora J]”, Nota de prensa de la Oficina de Control de la Magistratura (expediente de anexos al Informe de Fondo, Anexo 37, folio 414). Asimismo, otro artículo señaló que “[h]ay una voluntad manifiesta de Alemania para aceptar la extradición de [J.], tenemos conocimiento que las buenas relaciones con ese país permitirán un trámite rápido. Para nosotros ella es una terrorista y se le tiene que imponer la pena que corresponde”. “En Alemania hay voluntad para extraditar a [la

señora JJ”, Diario Correo, 5 de febrero de 2008 (expediente de anexos al Informe de Fondo, Anexo 37, folio 415).<sup>734</sup>

Em suas considerações sobre o caso, a CORTE IDH afirmou que o Estado do Peru negou ter à sua disposição um vídeo oficial que tenha registrado em imagem e áudio a mencionada coletiva de imprensa. Apesar disso, juntou aos autos quatro vídeos de periódicos nos quais foi possível apreciar alguns segundos da apresentação de J. à imprensa, sem o áudio correspondente. Essas imagens sem áudio, segundo a vítima, teriam sido utilizadas por autoridades estatais para desvirtuar o fato de que ela se indignou com as acusações que foram feitas pelo então Ministro do Interior; como não havia áudio, o Estado afirmara na época que o comportamento alterado de J. decorria de sua característica e do envolvimento com grupo terrorista, buscando agitar espectadores.<sup>735</sup>

A despeito do longo tempo decorrido desde os fatos, a CORTE IDH consignou que a vítima manifestara suas irresignações perante o Sistema Interamericano desde as primeiras oportunidades que teve, já em 1997, apontando a coletiva de imprensa e a exposição a que fora submetida. O evento, aliás, ocorrera sob o exclusivo controle do Estado. A despeito de a interessada ter solicitado uma cópia com o vídeo do evento ao próprio Estado peruano, o material nunca lhe fora fornecido.<sup>736</sup>

Dadas as circunstâncias do caso, a CORTE IDH considerou como verdadeiras as alegações da parte interessada, no sentido de que teria sido tratada de forma incompatível com a presunção de inocência, ao ser apresentada perante órgãos de imprensa como “terrorista e senderista” sem que as autoridades estatais ressalvassem que ela ainda não havia sido definitivamente julgada pelo fato que lhe imputavam. Aliás, a versão de J. perante a CORTE IDH fora reforçada por resenhas de artigos de periódicos juntados aos autos por ela e pelo próprio Estado que demonstravam como os órgãos de imprensa haviam compreendido que a vítima era uma terrorista e senderista, sem quaisquer cautelas por parte dos agentes estatais. A propósito, o que se viu, principalmente após o episódio do pedido de extradição, foi uma campanha pública movida contra J. sempre a ligando ao grupo Sendero Luminoso e ao atributo de terrorista.<sup>737</sup>

---

<sup>734</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, nota de rodapé 353. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>735</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, parágrafo 238. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>736</sup> *Ibid*, parágrafo 239.

<sup>737</sup> “De acuerdo a la pareja de J, luego del rechazo del pedido de extradición J. tuvo que enfrentar “la campaña propiciada por las autoridades peruanas, quienes se referían públicamente a ella como una ‘terrorista’ en los

Para a CORTE IDH, alinhada à compreensão do tema pelo TEDH, os apontamentos sobre eventual responsabilidade criminal de um suspeito realizados por agentes estatais não são, só por si, violadores da presunção de inocência. O que, a rigor, torna a conduta incompatível com o princípio em causa é a falta de reservas ou de advertências devidas sobre a ausência de comprovação efetiva da culpa em um processo criminal, fazendo com que a manifestação emitida torne-se sugestiva de uma opinião pública condicionada ou mesmo de uma condição de pré-julgamento da autoridade judicial. Ademais, consignou-se que as autoridades estatais devem ser discretas e prudentes ao realizar declarações públicas sobre um processo penal.<sup>738</sup>

Prossegue a CORTE IDH assinalando que é legítimo e em muitos casos um dever que autoridades públicas abordem questões de interesse público. Contudo, devem guardar maior cautela quanto mais relevantes sejam seus postos, a fim de evitar que suas opiniões de grande alcance atinjam direitos das pessoas envolvidas e ao mesmo tempo causem algum tipo de manipulação de determinados setores da população que recebam essas informações a partir de uma versão manipulada de determinados fatos.<sup>739</sup>

Para a CORTE IDH há uma evidente distinção entre o que é uma declaração pública de informações sobre um caso criminal com uma suspeita sobre alguém e a opinião emitida com claro juízo de culpa sobre a pessoa envolvida, ainda que não se tenha uma comprovação por sentença definitiva. Nesse contexto é que se reconheceu a violação à presunção de inocência no caso concreto, diante das recorrentes manifestações de autoridades públicas do Peru que, de forma assertiva, selaram a responsabilidade de J. como terrorista e integrante do Sendero Luminoso.

---

medios de comunicación peruanos [...]. Esta estigmatización de su nombre también afectó a su familia. Esta estigmatización se ha venido dando por un período prolongado de tiempo que abarca casi la mitad de duración de la vida de J. hasta la fecha. Ha sido evidentemente, muy preocupante para todos nosotros y nos ha afectado grandemente, ver cómo el nombre de J. ha sido tratado en la prensa peruana, con las autoridades del Perú declarándola ‘terrorista’ como si su culpabilidad por algo hubiera sido probada ya en alguna parte”. Declaración rendida ante fedatario público (*afidávit*) por el testigo Klemens Felder el 8 de mayo de 2013 (expediente de fondo, folios 1237 y 1238). Igualmente, según Suan Pitt “[J.] ha sido consistentemente y flagrantemente difamada por parte del Estado peruano que ha intentado detener su obtención de justicia a toda costa. Esto[...] se ha venido dando por un tiempo tan prolongado que estoy bastante segura de que ella ha sido ahora irreversiblemente dañada por el Estado del Perú. [...] Sus hermanas sabían que les sería muy difícil funcionar en Perú debido al perfil completamente falso de J. promovido por el estado allí y han vivido en el extranjero durante muchos años”. Declaración rendida ante fedatario público (*afidávit*) por la testigo Susan Pitt el 7 de mayo de 2013 (expediente de fondo, folios 1254 y 1255)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, nota de rodapé 357. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>738</sup> Ibid, parágrafo 244.

<sup>739</sup> Ibid, parágrafo 245.

Nesse julgamento, foi ainda salientado que as autoridades estatais devem ter em conta que os funcionários públicos têm uma posição de garante dos direitos fundamentais das pessoas, e, portanto, suas declarações não podem ser indiferentes a essa função. Esse dever é particularmente acentuado em situações de maior conflitividade social, alterações de ordem pública ou polarização social ou política (tal como no Peru, na época), exatamente pelo conjunto de riscos que podem implicar para determinadas pessoas ou grupos em dados momentos.<sup>740</sup>

Com efeito, *“La presunción de inocencia no impide que las autoridades mantengan debidamente informada a la sociedad sobre investigaciones penales, pero requiere que cuando lo hagan, guarden la debida discreción y circunspección necesaria para garantizar la presunción de inocencia de los posibles involucrados”*, registrou a CORTE IDH.<sup>741</sup>

Como se vê das decisões da CORTE IDH, há um alinhamento com o tratamento que o TEDH dá ao tema da presunção de inocência no que diz respeito a declarações públicas de agentes estatais sobre a responsabilidade penal de alguém que seja alvo de investigação ou processo penal. Com efeito, o art. 6º, 2, da CEDH, dispõe que qualquer pessoa acusada de uma infração é presumida inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

Um dos casos paradigmáticos no tema é *Allenet de Ribemont vs. France*, já mencionado de forma breve anteriormente. Patrick Allenet de Ribemont foi preso em 29-12-76. Em síntese, o contexto foi assim desenhado pelas autoridades policiais: Jean de Broglie, um deputado europeu e antigo ministro, foi assassinado em frente à residência de Allenet de Ribemont, no dia 24-12-76. Naquela noite a vítima fora visitar seu conselheiro financeiro, M. Pierre de Varga, que morava no mesmo endereço em frente ao qual o crime foi cometido e com quem Allenet de Ribemont pretendia tornar-se proprietário do restaurante parisiense *“La Rôtisserie de la Reine Pédauque”*. O financiamento da operação estava assegurado por um empréstimo realizado pela vítima, cujos recursos foram repassados a Allenet de Ribemont, responsável por reembolsar Jean de Broglie.

No mesmo dia da prisão, houve uma conferência de imprensa com a participação do Ministro do Interior, Michel Poniatowski, do Diretor de polícia judiciária da Prefeitura de Polícia de Paris, Jean Ducret, e do comissário Pierre Otavioli, a fim de dar informações no âmbito de um programa plurianual da polícia nacional. No entanto, na ocasião, o tema da

---

<sup>740</sup> Ibid, parágrafo 247.

<sup>741</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, parágrafo 247. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

investigação do caso Broglie foi abordado. Dois canais de televisão transmitiram informações da solenidade em seus jornais do dia seguinte.

Um deles, *Journal Télévisé de TF1*, apresentou comentários do Ministro do Interior na conferência de imprensa, noticiando que o caso Broglie havia sido explicado ao público. Dizia o Ministro que as diligências e prisões estavam concluídas e que todas as pessoas implicadas estavam presas após a prisão de M. de Varga-Hirsch. O mecanismo era extremamente simples, afirmava: havia um contrato junto a um banco com uma caução prestada pela vítima e a ser reembolsada por Allenet de Ribemont e M. de Varga.

Ao serem questionados por um jornalista sobre quem seria a pessoa chave do caso, o comissário Otavioli mencionou M. de Varga, enquanto o diretor de polícia, Ducret, foi mais detalhista: “*L’instigateur M. de Varga et son acolyte M. de Ribemont sont les instigateurs de l’assassinat. L’organisateur c’est Simoné et l’assassin, c’est M. Frèche*”,<sup>742</sup> afirmando expressamente que Allenet de Ribemont e M. de Varga eram os interessados e mandantes da morte de Jean de Broglie.

Dentre os comentários apresentados pelo segundo jornal, *Journal Télévisé D’antenne 2*, um deles apontava a motivação do crime sugerida pelo comissário Otavioli. Segundo ele, o crime nascera de um acordo financeiro que existia entre a vítima e os acusados.

Apesar de ter sido acusado pelo assassinato, Allenet de Ribemont foi posteriormente absolvido em 21-03-1980. Buscou reparação pelas acusações que lhe foram feitas de forma pública, invocando perante os tribunais nacionais, administrativos e judiciais, o direito à indenização moral e material, embora não tenha tido sucesso nas tentativas.

No entanto, levou o caso ao TEDH, alegando a violação a seu direito à presunção de inocência, bem como o excesso de prazo para conclusão do caso. Atenhamo-nos ao primeiro ponto, atinente à pesquisa. A corte europeia reconheceu as declarações emitidas na conferência de imprensa do dia 29-12-1976 como ofensivas à presunção de inocência incorporada ao direito europeu pelo art. 6º, 2, da CEDH.

A decisão fixou um importante critério de compreensão da abrangência da garantia em destaque. O campo de aplicação da presunção de inocência não se limita ao âmbito judiciário e contra as autoridades que tenham de decidir sobre a culpabilidade do suspeito ou acusado. Aliás, recordou, as decisões proferidas nos casos Minelli e Sekanina reconheceram a violação ao

---

<sup>742</sup> Cour Européenne des droits de L’homme. **Affaire Allenet de Ribemont c. France** (Requête n° 15175/89), parágrafo 11. Arrêt, 10 février 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3p1ApaI>. Acesso em 2 jul 2020.



preceito em análise mesmo que no primeiro caso a jurisdição nacional já houvesse encerrado o procedimento por conta de prescrição e no segundo por causa de uma absolvição.

A decisão consignou expressamente que um atentado à presunção de inocência pode emanar não apenas de um juiz ou tribunal, mas também de outras autoridades públicas.<sup>743</sup>E, considerando as declarações dos funcionários da polícia francesa na mencionada conferência de imprensa, assinalou que, sem qualquer reserva ou cautela, eles apresentaram *Allenet de Ribemont* como instigador, cúmplice de um assassinato. Tratou-se, evidentemente, diz o TEDH, de uma declaração de culpabilidade que ao mesmo tempo incitava a opinião pública a aderi-la, assim como prejudicava fatos que seriam posteriormente apreciados pelo juiz competente. Configuravam, portanto, uma clara violação ao art. 6, 2, da CEDH.<sup>744</sup>

Uma outra observação realizada no julgamento e de suma importância adverte que a liberdade de expressão garantida pelo art. 10 da CEDH assegura tanto o direito de receber como o de comunicar informações, mas que autoridades públicas, ainda que não estejam impedidas pelo art. 6, 2, de informar sobre investigações penais em curso, devem o fazer de maneira discreta e com cautela, em respeito à presunção de inocência.<sup>745</sup>

Outro julgamento importante foi proferido no caso *Gutsanovi vs. Bulgária*. O indivíduo fora preso em 31-3-2010, suspeito de participar de um esquema de desvio de recursos públicos. Naquele dia, pela manhã, fora surpreendido por agentes do Estado que o prenderam, além de realizar buscas em seu domicílio e local de trabalho. A reclamação do interessado dizia respeito a 4 situações diferentes. Uma entrevista do Primeiro-Ministro da Bulgária no dia 5-4-10; uma coletiva de imprensa do Procurador Regional do órgão responsável por conduzir as investigações, 31-3-2010; uma entrevista do Ministro do Interior para um canal de comunicação, jornal *Chermo More*, 01-04-2010, dando informações sobre o andamento da investigação. Ademais, segundo o interessado, o Ministério do Interior teria repassado

---

<sup>743</sup> “*Or la Cour estime qu’une atteinte à la présomption d’innocence peut émaner non seulement d’un juge ou d’un tribunal mais aussi d’autres autorités publiques*”. Cour Européenne des droits de L’homme. **Affaire *Allenet de Ribemont c. France*** (Requête n° 15175/89), parágrafo 36. Arrêt, 10 février 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3p1ApaI>. Acesso em 2 jul 2020.

<sup>744</sup> “La Cour constate qu’en l’espèce, certains des plus hautes responsables de la police Française désignèrent M. *Allenet de Ribemont*, sans nuance ni réserve, comme l’un des instigateurs, et donc le complice, d’un assassinat (paragraphe 11 ci-dessus). Il s’agit là à l’évidence d’une déclaration de culpabilité qui, d’une part, incitait le public à croire em celle-ci et, de l’autre, préjugait de l’appréciation des faits par les juges compétents. Partant, il y a eu violation de l’article 6 par. 2 (art. 6-2). “ A Corte constata que no caso, alguns autos responsáveis da polícia Francesa designaram M. *Allenet de Ribemont*, sem cuidado nem reserva, como um dos instigadores, e portanto o cúmplice, de um assassinato (parágrafo 11 acima). Trata-se aqui evidentemente de uma declaração de culpabilidade que, de um lado, incitava o público a crer nela e, de outro, prejudicava a apreciação dos fatos pelos juízes competentes. Portanto, existe uma violação do art. 6 par. 2 (art. 6-2)” (tradução do autor). Cour Européenne des droits de L’homme. **Affaire *Allenet de Ribemont c. France*** (Requête n° 15175/89), parágrafo 41. Arrêt, 10 février 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3p1ApaI>. Acesso em 2 jul 2020.

<sup>745</sup> *Ibid*, parágrafo 38.

informações sobre a operação a canais de comunicação que acompanharam a diligência; a quarta questão levantada - uma decisão de manutenção da prisão preventiva a que estava submetido - já foi objeto de análise em outro momento. Aqui interessam mais especificamente os pontos atinentes a declarações de funcionários públicos.

Em dois desses episódios, o TEDH não encontrou violação à presunção de inocência.

Primeiro, na conferência de imprensa realizada no dia da prisão de Gutsanovi, 31-03-10, o procurador regional informou que naquela manhã as forças policiais procederam à prisão do presidente do conselho municipal, do diretor da sociedade municipal de transportes públicos, do contador dessa empresa e de uma pessoa de negócios conhecida em Varna. Mencionou a realização de buscas nos domicílios e nos escritórios de tais pessoas. Vários documentos e materiais eletrônicos foram apreendidos. Informou que procedimentos penais foram instaurados contra as pessoas mencionadas. Investigadores trabalhavam com as seguintes infrações: organização e direção de um grupo de criminosos que tinha por objetivo cometer infrações penais de abuso de poder causando prejuízos consideráveis, infração punível com pena de 3 a 10 anos de prisão; malversação de recursos públicos, cometida intencionalmente e causando um prejuízo considerável, punível com uma pena de até 8 anos de prisão; apropriação fraudulenta pelo abuso de poder, causando um prejuízo considerável, punível com pena de 10 a 20 anos de prisão; assinatura de contratos desfavoráveis com prejuízo considerável, punível com até 5 anos de prisão; incitação a falso testemunho, punível de pena de até 3 anos de prisão e falsificação de documentos, punível com até 5 anos de prisão. Essas informações foram publicadas no dia seguinte no Jornal *Cherno More*.<sup>746</sup>

Em outro episódio, o Primeiro-Ministro concedia uma entrevista num canal de televisão no dia 05-04-10, abordando temas diversos de ordem política, econômica e jurídicas. No fim da entrevista, ao ver um anúncio na TV sobre o caso, ele afirmou que Gutsanovi era próximo do líder do Partido Socialista e de outros membros do movimento de jovens. Ao ser indagado pelo apresentador sobre o resultado dessa proximidade, o Primeiro-Ministro afirmou: “*des profits matériels*”. Quando o jornalista indagou se ele afirmava que Gutsanovi tinha benefícios por causa da proximidade com o partido socialista, o Primeiro-Ministro imediatamente mencionou que foram os juízes que disseram diante da ordem de prisão. Adicionou que o procurador de Varna trabalhava bem e que se o Tribunal determinou a prisão é porque deviam

---

<sup>746</sup> Cour Européene des Droits de L’Homme. **Affaire Gutsanovi v. Bulgarie** (Requête n.º 34529/10 Arrêt), parágrafo 55. Disponível em: <http://bit.ly/3qwE5SD>. Acesso 22 jan. 2021.

existir provas pertinentes. Terminou com um ditado popular no sentido de que aqueles que descumprem regras devem responder por seus atos.

O TEDH introduziu a análise ratificando a aplicação da presunção de inocência como critério de análise do caso, advertindo que os termos escolhidos por agentes estatais para dar declarações quando uma pessoa ainda não fora julgada e reconhecida como culpada assumem importância particular. Mas o que importa, efetivamente, é o sentido real das declarações, o relato das circunstâncias particulares com as quais foram formuladas.<sup>747</sup>

De acordo com o julgamento, deve-se fazer uma distinção entre decisões ou declarações que refletem um sentimento de culpabilidade sobre uma pessoa suspeita e aquelas que se limitam a descrever um estado de suspeita. As primeiras violam a presunção de inocência, enquanto a segunda fórmula respeita o art. 6-2, CEDH.<sup>748</sup>

Em relação à entrevista do Primeiro-Ministro, entendeu-se que não houve violência à presunção de inocência. Na ocasião, ele dava uma entrevista ao vivo e reagiu de forma espontânea a um anúncio televisivo. Efetivamente, apenas falou da proximidade de Gutsanovi com altos responsáveis do Partido Socialista e fez comentários sobre a pertinência da prisão em razão de uma decisão judicial que devia estar bem fundamentada, além de mencionar os benefícios materiais obtidos, informação que já era de conhecimento público. Por considerar que o Primeiro-Ministro reportou-se à decisão judicial, o caráter espontâneo da fala e ampla cobertura midiática do caso, não se reconheceu qualquer finalidade atentatória nas falas do dignitário.<sup>749</sup>

Também a coletiva de imprensa do procurador regional não continha elementos que violavam a presunção de inocência. Conforme o TEDH, ele apenas forneceu notícias sobre a abertura de procedimento penal contra Gutsanovi e outras pessoas, revelando a natureza das acusações e as penas possíveis em caso de condenação. A manifestação limitou-se a descrever um estado de suspeita contra o investigado, que figurava entre as pessoas presas naquela manhã do dia 31-03-10.

Por fim, na mesma edição do dia 01-04-10, o jornal publicou trechos de uma entrevista do Ministro do Interior, onde ele afirmava que as investigações no âmbito da operação *Méduses* continuavam e que se referiam a compras públicas para importação de ônibus no interesse da campanha municipal de transportes de Varna. Acrescia ainda que, segundo as informações

---

<sup>747</sup> Ibid, parágrafo 191.

<sup>748</sup> Cour Européene des Droits de L'Homme. **Affaire Gutsanovi v. Bulgarie** (Requête n.º 34529/10 Arrêt), parágrafo 192. Disponível em: <http://bit.ly/3qwE5SD>. Acesso 22 jan. 2021.

<sup>749</sup> Ibid, parágrafos 195, 196.

obtidas durante a investigação, o preço realmente recebido por um dos vendedores estrangeiros era significativamente inferior ao aprovado pelo Conselho Municipal de Varna e que o dinheiro que faltava era transferido para contas bancárias dos suspeitos. Além do mais, afirmara que o presidente do Conselho Municipal era ligado a D (outro suspeito) e que isto era notório em Varna. Esta relação jamais foi secreta e o que eles fizeram representava uma maquinação, elaborada durante muitos anos, porque havia três contratos para aproximadamente dois milhões de euros e para ônibus de segunda mão.

As declarações deste último agente público foram compreendidas como ofensivas ao art. 6-2, CEDH. Nesse caso, houve uma entrevista destinada especificamente à operação policial em andamento, realizada antes de qualquer comparecimento das pessoas presas perante um tribunal e num momento em que o público estava muito interessado nas notícias. Além do mais, o TEDH mencionou a necessidade de que o Ministro do Interior tivesse precauções para abordar o tema e evitar qualquer confusão sobre seus comentários a respeito da condução e dos resultados da Operação *Méduses*.

Neste ponto, em específico a parte em que o ministro diz, sem reservas, existir uma maquinação elaborada por anos para malversação de recursos públicos e que os responsáveis seriam Gutsanovi e um comparsa, afronta o princípio da presunção de inocência, transgredindo os limites da simples comunicação de uma informação. Tendo em vista o curto espaço de tempo entre as prisões e a declaração do alto funcionário, sua manifestação era suscetível de criar na opinião pública a impressão que o suspeito certamente integrava um grupo criminoso que desviava recursos públicos.<sup>750</sup>

Por fim, o TEDH ressaltou que não era possível verificar se houve intenção do alto funcionário em atentar contra a presunção de inocência, mas que a falta de intencionalidade não excluía a violência ao art. 6-2, CEDH.<sup>751</sup>

Com efeito, ainda que as decisões da corte europeia não tenham efeitos jurídicos diretos sobre o ordenamento jurídico brasileiro, é fato que algumas dessas manifestações tem fortalecido, num processo de diálogo entre as Cortes, as decisões proferidas no âmbito do sistema interamericano. Portanto, parte do desenvolvimento teórico do TEDH acaba ingressando no sistema nacional por meio da intermediação da CORTE IDH, sem prejuízo, a nosso ver, de que a análise teórica das decisões possa contribuir para construir subsídios

---

<sup>750</sup> Cour Européene des Droits de L'Homme. **Affaire Gutsanovi v. Bulgarie** (Requête n.º 34529/10 Arrêt), parágrafos 199, 200. Disponível em: <http://bit.ly/3qwE5SD>. Acesso 22 jan. 2021.

<sup>751</sup> *Ibid*, parágrafo 201.

doutrinários locais, desde que compatíveis com a CF/88 e com os tratados internacionais a que o Brasil aderiu.

A dimensão extraprocessual salientada neste capítulo tem também sido acolhida há largo tempo pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU. Desde a Observação Geral n.º 13 de 1984, passando pela atualização do tema com a Observação Geral n.º 32 de 2007, são inúmeros os casos conhecidos em que o Comitê advertiu Estados sobre a impossibilidade de se realizarem julgamentos penais em desfavor de suspeitos ou acusados, sob pena de infringência à presunção de inocência. Citemos alguns exemplos:

Na Comunicação n.º 770/1997, *Gridin vs. Rússia*, relatava-se que o interessado fora preso em 25-11-1989, suspeito de abuso e de assassinato de uma mulher. Depois da prisão, outras seis acusações lhe foram feitas. No período entre 26 a 30 de novembro, ele fora apresentado por rádios e periódicos como “*el temible asesino de los ascensores que había violado a varias muchachas, dando muerte a tres de ellas*”. Ademais, em 09-12-89, o chefe de polícia anunciou que estava convicto de que Gridin era o assassino, o que fora difundido pela televisão. O investigador afirmou a culpabilidade do interessado em diversas oportunidades públicas prévias à audiência judicial, insuflando a opinião pública contra o suspeito, o que resultou, inclusive, num comportamento hostil de parte do público que se encontrava na sala no dia do julgamento. Acerca disso, concluiu o Comitê que houve violação ao art. 14, 2, PIDCP, tendo em vista que as autoridades estatais não atuaram com o comedimento exigido pelo princípio da presunção de inocência e assinalado na Observação Geral n.º 13/84.<sup>752</sup>

Em *Saidova vs. Tajiquistão* (Comunicação n.º 964/2001), o ex-esposo da comunicante, Sr. Saidov, foi preso, acusado e condenado à morte por diversos crimes, a saber, bandoleirismo, associação criminal, usurpação de poder mediante recurso à violência, incitação à quebra da ordem constitucional, aquisição e posse ilegal de armas e munições, terrorismo e assassinato. Dentre as várias irregularidades mencionadas na denúncia (tortura, maus tratos, confissão forçada), apontava-se que durante a investigação se difundiu e publicou constantemente nos meios de comunicação nacionais, controlados pelo Estado, informação em que se tratava o Sr. Saidov e a outros acusados de “*criminales, amotinados, etc*” contribuindo desta maneira a criar uma opinião pública negativa. Diante da falta de manifestação do Estado quanto a isso, o Comitê considerou relevantes as alegações da parte requerente e advertiu que o comportamento

---

<sup>752</sup> **Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos.** Comunicación n.º 770/1997. Dmitry L. Grdin vs. Federación de Rusia. (2000). Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/378>. Acesso 02 fev. 2021.

estatal atinente à ampla cobertura midiática contra o Sr. Saidov violou a presunção de inocência prevista no art. 14, 2, PIDCP.<sup>753</sup>

Num terceiro e último exemplo, Svetlana Zhuk vs. Bielorrússia (Comunicação n.º 1910/2009), a requerente apresentou ao Comitê uma petição relatando inúmeras ilegalidades em procedimento penal movido contra seu filho, Andrei Zhuk. Este fora preso, suspeito de agredir e matar duas pessoas que portavam uma quantidade de dinheiro destinada ao pagamento de funcionários, acusado e condenado à morte por diversos crimes. De acordo com a comunicação, Andrei, ainda quando suspeito, foi exposto pelos meios de informação estatais, incluindo-se o principal canal de televisão (ONT), chamado de criminoso desde o começo da investigação. Em entrevista concedida no dia 02-03-09, o Ministro do Interior referiu-se a Andrei e aos corrêus como criminosos antes de que fossem declarados culpados. O Comitê, mais uma vez, reconheceu a violência à presunção de inocência, diante da precipitação de juízos por parte de agentes estatais.<sup>754</sup>

Assim, a nosso ver, o princípio da presunção de inocência no Brasil pode ser fundamentado, em uma projeção extraprocessual, a partir dos seguintes elementos que o tornam compatível com o sistema interamericano de direitos humanos e com práticas internacionais aqui demonstradas:

Em primeiro lugar, a presunção de inocência prevista exige do Estado e de seus agentes estatais um comprometimento de não condenar informalmente uma pessoa por meio da emissão de julgamentos antecipados perante a sociedade, sem que tenha havido uma responsabilidade criminal nos termos da lei. Significa dizer que o conteúdo das manifestações de agentes públicos não deve conter qualquer juízo de valor capaz de selar a culpa de alguém por crime (e mesmo contravenção penal) de que seja apenas suspeita ou acusada.

Como visto, há uma clara distinção entre o que é uma opinião ou uma manifestação que preserve a condição de inocente (suspeito) de uma pessoa e aquela que, ao contrário, exceda-se pelo juízo de valor acerca da responsabilidade penal de quem estiver implicado na investigação ou no processo.

Um segundo aspecto é justamente de âmbito temporal. O princípio em causa veda uma manifestação sobre a culpa de alguém que não tenha sido condenado. É importante acentuar

---

<sup>753</sup> **Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos.** Comunicación n.º 964/2001. Barno Saidova vs. Tayikistán. (2004). Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1122>. Acesso 02 fev. 2021.

<sup>754</sup> **Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos.** Comunicación n.º 1910/2009. Svetlana Zhuk vs. Belarús. (2013). Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1689%20>. Acesso 02 fev. 2021.

aqui que as cortes internacionais corriqueiramente se referem “a não ser condenado nos termos da lei” ou a “culpa legalmente comprovada”. No Brasil, entretanto, esse marco temporal exige trânsito em julgado da sentença condenatória e, portanto, antes disso, qualquer emissão de juízos incriminatórios extraprocessuais revela-se uma afronta à presunção de inocência.

Sob esse aspecto é preciso considerar que a emissão de juízos sobre a responsabilidade penal tem suas manifestações em momentos distintos, mas previstos em lei (sentença de absolvição sumária, sentença em primeiro grau, decisão de recurso de apelação, decisão de arquivamento de um inquérito policial por atipicidade da conduta, etc). Portanto, o critério de controle sobre as manifestações públicas assume uma objetividade desejável.

Importa advertir que a emissão precipitada de uma opinião incriminatória contra alguém, dirigida por parte dos agentes estatais, não deixa de traduzir uma afronta à presunção de inocência com o resultado final do caso. Mesmo uma condenação posterior não tem potencial de afastar a ilicitude do comportamento precoce do agente; da mesma forma, ainda que a investigação ou o processo estejam encerrados com absolvição ou por outra razão jurídica, pode-se reconhecer judicialmente a violência à garantia processual e as consequências daí decorrentes.<sup>755</sup>

Um terceiro elemento diz respeito ao espaço próprio de manifestação sobre a responsabilidade penal de uma pessoa. Como se sabe, é o devido processo legal o instrumento adequado para apurar e acertar a culpa de alguém pelo cometimento de um fato penal. Logo, a manifestação sobre esse quesito fundamental fora do processo refletirá a agressão ao princípio de inocência que tem no processo penal o legítimo espaço de questionamento e eventual afastamento (com a condenação).

Por isso mesmo, um quarto aspecto relevante diz respeito aos destinatários da norma de proibição que encontramos na presunção de inocência. Não cabe a ninguém, salvo os juízos competentes, resolver sobre a responsabilidade pelo cometimento de fato penal.<sup>756</sup> Essa norma não impede que uma autoridade policial, no momento adequado, apresente os elementos que a levaram a um indiciamento, ou ao órgão ministerial apresentar uma denúncia ou pedir a condenação de um acusado nas alegações finais ou em recurso, por exemplo. Todavia, as

---

<sup>755</sup> Sobre esse ponto, aliás, v. nossos comentários no Cap. IV, item 4.4.1.

<sup>756</sup> V. julgado recente do TEDH em que a Corte considerou como ofensiva à presunção de inocência a manifestação judicial que, em procedimento civil de reparação de danos por suposta evasão fiscal, afirmou ter a pessoa processada cometido o crime que resultou no prejuízo ao erário, apesar de não se ter processado criminalmente, muito menos condenado, o réu do processo civil. Dentre outros julgamentos mais recentes, V. FRENCH. European Court of Human Rights. **Case of Agapov v. Russia** (Application n.º 52464/15 judgment). Disponível em: <http://bit.ly/3pyiCqK>. Acesso em 18 fev. 2021.

autoridades públicas estão impedidas de prejudicar o resultado de uma investigação ou de um processo.

Nesse aspecto, a CORTE IDH tem sido mais reticente e limitado a abrangência do princípio às autoridades públicas, numa linha próxima a do TEDH. A nosso juízo, no entanto, a norma de proibição aqui ventilada pode ter aplicação contra órgãos de imprensa, posto que, na condição de direito-garantia fundamental, o princípio deve projetar-se numa perspectiva objetiva e como reflexo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Hipótese, aliás, objeto de recomendação na Observação Geral n. 32 do Comitê de Direitos Humanos da ONU.<sup>757</sup>

O tema, evidentemente, suscita problemas com a liberdade de manifestação/imprensa e com a publicidade processual, dentre outros direitos normalmente apontados como causa de conflito, pontos a serem abordados oportunamente.

#### 4.2 A PUBLICIDADE PROCESSUAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL. PREJULGAR É CUMPRIR A REGRA DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS?

A publicidade dos atos processuais é regra constitucional (art. 5º, XL, art. 93, IX, CF/88), assim como, em geral, o dever de publicidade dos atos da administração pública (art. 37, *caput*, CF/88). A publicidade processual está assentada também no art. 792, CPP, bem como em outras legislações, como no art. 189, CPC,<sup>758</sup> no art. 387, CPPM,<sup>759</sup> art. 2º, parágrafo único, V, da Lei n.º 9.784/99.<sup>760</sup> A garantia consta também de normas internacionais a que o Brasil aderiu, a saber, o art. 8º, 5, da CADH<sup>761</sup> e o art. 14, 1, do PIDCP.<sup>762</sup>

<sup>757</sup> “Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia”.

<sup>758</sup> “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

<sup>759</sup> “Art. 387. A instrução criminal será sempre pública, podendo, excepcionalmente, a juízo do Conselho de Justiça, ser secreta a sessão, desde que o exija o interesse da ordem e disciplina militares, ou a segurança nacional”.

<sup>760</sup> “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência: [...] V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; [...]”.

<sup>761</sup> “[...]5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

<sup>762</sup> “[...]1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial,



É corrente na doutrina subdividir-se a publicidade em âmbitos interno/restrito e externo/amplo. No primeiro caso, compreende-se a regra de publicidade que rechaça a possibilidade de expedientes secretos e inacessíveis às partes envolvidas e a seus defensores. Trata-se de uma nítida resposta aos procedimentos inquisitórios medievais<sup>763</sup> calcados justamente no oposto à publicidade, o segredo das investigações. Essa dimensão, embora mais incisiva, ainda assim admite alguma restrição em hipóteses bastante excepcionais normalmente atreladas a diligências investigatórias em andamento ou na iminência de serem realizadas e que por sua própria natureza seriam prejudicadas se de conhecimento dos alvos. Por exemplo, interceptações telefônicas, gravação ambiental, quebra de sigilo de dados bancários, fiscais, telemáticos, o próprio acordo de colaboração premiada, etc, tal como permite o art. 20 do CPP ou legislações esparsas.<sup>764</sup>

A despeito dessa momentânea restrição admitida, a conclusão das diligências deve ser seguida de sua documentação (ou registro por outros meios) e posterior disponibilização às partes, em especial, aos afetados, em nome da ampla defesa e da publicidade interna, sendo inadmissível a oposição de sigilo, como reafirma a SV 14.

De qualquer forma, para o tema em análise é a publicidade externa que tem mais relevância. O regime mais amplo é da publicidade popular ou geral, acessível a todo cidadão e que independe de regra específica.<sup>765</sup> Trata-se de franquear acesso ao público em geral, à comunidade jurídica em particular, de informações acerca “dos delitos que estão sendo investigados e julgados, dos elementos investigatórios e das provas produzidas, bem como o momento do julgamento e qual o seu resultado”.<sup>766</sup>

---

estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores”.

<sup>763</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 245; COPETTI, André. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 450.

<sup>764</sup> V. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 359 e ss; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 73 e ss.

<sup>765</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., p. 73 e ss.

<sup>766</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 360.

Em se tratando de inquérito policial, afirma-se que é secreto no plano externo por conta do art. 20, CPP,<sup>767</sup> mas também se entende que o segredo externo diz respeito aos atos investigatórios necessários à elucidação do fato e da autoria,<sup>768</sup> não necessariamente implicando no segredo externo total do apuratório.

A restrição à publicidade, segundo GIACOMOLLI, deve ser precedida de previsão legal e constitucional, voltar-se à proteção da intimidade e do interesse social ou tutelar outro bem com magnitude constitucional relevante e resultar de decisão jurisdicional no caso concreto.<sup>769</sup>

Quanto aos permissivos de restrição, apontamos tanto a proteção da intimidade, quanto do interesse social, ambos previstos no art. 5º, XL, CF/88; a garantia da ordem pública ou da segurança nacional ou o interesse da vida privada das partes quando a restrição for estritamente necessária à opinião da justiça (art. 14, 1, PIDCP); por fim, para preservar os interesses da justiça, art. 8º, 5, CADH.

SCHREIBER afirma que a intimidade referida no dispositivo constitucional não enseja maiores discussões, embora uma lei que o regule deva definir casos em que a proteção deve se sobrepor à publicidade, fornecendo parâmetros de resolução de conflitos.<sup>770</sup> A propósito do tema, merece relevo o fato de que o art. 189 do CPC, em seu inciso III, prevê a hipótese de segredo de justiça quanto a processos que contenham dados referentes a direitos protegidos pela intimidade. Por sua vez, COPETTI afirma que as previsões mais genéricas de restrição à publicidade previstas na CF/88 alinham-se com o art. 5º, X.<sup>771</sup>

De outro lado, a definição do que venha a ser interesse social oferece problemas maiores, posto que um conceito mais aberto amplia as dificuldades e abre brechas para eventuais decisionismos. Contudo, adverte SCHREIBER, é importante que a legislação preveja hipóteses tidas como de interesse social, a partir das quais se reconhece como plausível a restrição à publicidade. Mesmo assim, há previsões legais em que o legislador, no exercício de sua margem

---

<sup>767</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 192.

<sup>768</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 364.

<sup>769</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 360. Em sentido similar, mencionando a necessidade de legislação específica e a possibilidade de tutela de outros direitos relevantes, v. SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252 e ss; COPETTI, André. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 450; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

<sup>770</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252.

<sup>771</sup> COPETTI, André. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 450. i

de discricionariedade, optou por referências aos mesmos conceitos indeterminados que a CF/88 contempla, entre eles interesse público.<sup>772</sup>

Ainda dentro do âmbito de proteção ao interesse social, há posições que incluem as restrições à publicidade insertas no art. 20, CPP, o sigilo das votações no Tribunal do Júri e mesmo de determinados julgamentos na Justiça Militar.<sup>773</sup>

Ademais, o interesse social pode ser o de “proteger o réu, testemunhas ou a imparcialidade do julgamento”, mas de acordo com a EC 45/04 e a nova redação do art. 93, IX, o direito à informação assume uma prevalência quanto ao sigilo dos atos processuais.<sup>774</sup> A ponderação constitucional, portanto, recomenda uma prioritária tutela do direito à informação e só depois eventual proteção da intimidade das pessoas envolvidas. Em todo caso, segundo CASTANHO DE CARVALHO, a norma não deve ser sempre aplicada de forma prevalecente, dado que de forma excepcional pode prevalecer o sigilo, a exemplo de procedimentos que envolvam crianças e adolescentes.<sup>775</sup>

À parte essas duas permissões constitucionais, também se admite a restrição à publicidade quando necessária uma proteção de outros direitos fundamentais relevantes, como o direito à honra, à imagem, à vida privada, à intimidade, ou sigilo de correspondências e comunicações em geral, sendo indispensável uma compatibilidade entre os direitos envolvidos.<sup>776</sup>

Como pontuado por SCHREIBER, em hipótese de colisão entre liberdade de expressão e o direito a um julgamento justo, pode ser que a restrição à publicidade traduza uma das formas mais eficazes de arrefecer eventual campanha de mídia em favor de condenação criminal.<sup>777</sup>

Aliás, adverte GIACOMOLLI, defender a publicidade externa “não é vinculá-la aos interesses midiáticos de exploração da miséria das vítimas e de seus familiares e nem às finalidades econômicas e de manutenção da permanência do grande auditório”.<sup>778</sup> Mais do que isso, continua o autor:

---

<sup>772</sup> SCHREIBER, Simone, op. cit., p. 252/253. Em sua obra, publicada em 2008, SCHREIBER fizera referência ao art. 155, I, do antigo CPC, cujo teor foi reproduzido no atual art. 189, I, do novo CPC.

<sup>773</sup> COPETTI, André. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 450.

<sup>774</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 75.

<sup>775</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 jan. 2021.

<sup>776</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361.

<sup>777</sup> SCHREIBER, Simone, op. cit., p. 255.

<sup>778</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 360.

Há de ser evitada e minimizada a funcionalidade negativa e estigmatizante da publicidade ao imputado, com a publicização de atos processuais, inclusive de audiências, com divulgação da situação de réu, processado, cuja compreensão pelo senso comum já é a de culpado. Por isso, *a restrição à publicidade externa é assecuratória do estado de inocência*. O que importa ao Estado de Direito é que a infração criminal está sendo apurada, que o Estado está cumprindo suas funções, mas não a exposição da imagem do suspeito, o seu nome completo, a de seus familiares e onde reside. Ademais, publicizar o acontecer judicial não é transformar as audiências e os julgamentos em um *reality show* judicial para a mídia angariar dividendos em suas diversas perspectivas (comercial, ideológica, política, v. g.).<sup>779</sup>

Assim como muitos outros, também o princípio da publicidade não é absoluto e muito menos escudo para práticas ilícitas. Deve ser utilizado com moderação, “pois há momentos em que o sigilo é imprescindível para não comprometer diversas liberdades públicas, como a honra, a imagem, a intimidade, a vida privada, etc”.<sup>780</sup>

Do ponto de vista convencional, publicidade é uma garantia judicial estabelecida em favor das partes envolvidas, mas também do público. Trata-se de um elemento essencial do sistema processual penal acusatório em um Estado Democrático de Direito e se garante através da realização de uma etapa oral na qual o acusado pode ter contato direto com o juiz e com as provas e que também se facilite o acesso ao público. Assim, fica proscria a administração de justiça secreta, submetendo-a ao escrutínio das partes e do público, relacionando-se com a transparência e com a imparcialidade. Configura um meio de fomentar a confiança das pessoas no sistema de justiça.<sup>781</sup>

Segundo a CORTE IDH, a publicidade no processo penal deve ser a regra, admitindo, nos termos do art. 8º, 5, CADH, que, excepcionalmente seja restringida a fim de preservar os interesses da justiça, mas nesses casos caberá ao Estado justificar a medida de restrição demonstrando a necessidade e a proporcionalidade da limitação desta garantia.<sup>782</sup>

Merece destaque também que o art. 14, 1, do PIDCP reforça, assim como a CADH, um compromisso internacional do Brasil em matéria de publicidade das audiências e em geral dos processos criminais, embora admita, por algumas razões, a restrição da publicidade, inclusive

<sup>779</sup> GIACOMOLLI, Nereu José, op. cit., p. 362. (grifo nosso)

<sup>780</sup> BULOS, Uadi. Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 684.

<sup>781</sup> COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 22 de noviembre de 2005. Párrafos 167-168. Disponível em: <https://www.qwant.com/?q=caso+palamara+iribarne+vs.+chile&client=ext-firefox-sb>. Acesso 05 fev. 2021; Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, parágrafo 217. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

<sup>782</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**, parágrafo 220. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

contra meios de comunicação, como se extrai da *Observación General n.º 32 do Comité de Derechos Humanos da ONU*. Dentre as razões que podem legitimar a restrição, estão a proteção da vida privada da pessoa ou a preservação dos interesses da justiça.

Evidentemente, não é objeto deste trabalho qualquer pretensão de aprofundar a temática do que seria a justiça ou um resultado justo do processo, mas o pressuposto que orienta toda a reflexão parte da noção de respeito aos direitos humanos fundamentais, de modo que, figurando dentre eles a presunção de inocência, sobretudo como uma diretriz axiológico-normativa do sistema de liberdades estatuído constitucionalmente e do processo penal em particular, é plausível e a nosso ver necessário o reconhecimento de que no interior desse amplo, ainda que impreciso, conceito de justiça ou de processo justo, tenha espaço uma preocupação com a preservação da condição de inocência das pessoas.

É a isso que se presta a instrumentalidade processual com a qual trabalhamos, na linha de LOPES JR, como efetiva tutela dos inocentes, justificando a própria existência de um processo penal democrático.<sup>783</sup> Mas é fato que mesmo arrancando dessa concepção não chegamos a uma resposta eficaz se confinarmos o princípio da inocência ao esteio processual.

Justamente porque o processo é o instrumento adequado para imposição da pena é que se o reveste de uma série de garantias fundamentais. A dimensão extraprocessual da presunção de inocência, no entanto, extrapola dos limites processuais para se impor contra atitudes e comportamentos que pretendem, numa arena quase ilimitada (redes sociais e meios de comunicação), atingir a condição de inocentes de pessoas investigadas e acusadas.

Como muito bem pontuado por OVEJERO PUENTE, é preciso atualizar o sentido e as dimensões da presunção de inocência para abarcar também essa dimensão extraprocessual que se dirige contra as novíssimas formas de violência ao estatuto das pessoas investigadas e processadas e pode atingir com gravidade a própria higidez dos julgamentos.

Em todo caso, a nosso ver a temática da publicidade e da dimensão extraprocessual da presunção de inocência passa ainda por uma compreensão distinta sobre essa suposta colisão

---

<sup>783</sup> Assim, se ao Estado cabe o monopólio do poder de punir, este o fará necessariamente por meio de um processo penal que terá como finalidades não só a satisfação de uma pretensão acusatória, mas também e primordialmente a “finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual”. Quer isso dizer que o processo assume uma característica central de “instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais”, voltado a uma instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas na condição de um limitador do poder punitivo e de uma tutela da parte mais fraca, a saber, o imputado. A instrumentalidade constitucional, nesse contexto, é exatamente o que permite compreender o “fundamento legitimante da existência do processo penal democrático”. LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal. Introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 34 e 59; LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38/45.

que, a rigor, não parece sequer existente, destacando-se aqui pelo menos três pontos importantes.

Em primeiro lugar, ao vedar a antecipação de juízos sobre a culpa de um suspeito ou acusado não se está imiscuindo na seara da publicidade processual, mas sim vedando uma prática que, a rigor, não condiz sequer com as prerrogativas e deveres legais dos agentes públicos envolvidos na investigação, na acusação e no julgamento de um fato penal. É que, em se tratando de devido processo legal, os atores estatais têm espaço e momento adequado para suas manifestações, especialmente quanto ao mérito do caso criminal.

As manifestações públicas em tom de prejulgamentos extraprocessuais, portanto, não traduzem, em hipótese alguma, cumprimento de dever legal por parte dos agentes públicos. Antes, pelo contrário, são violações explícitas de um direito fundamental que orienta e fundamenta a própria existência do processo penal, a saber, a presunção de inocência.<sup>784</sup>

Isso nos leva a um segundo aspecto: vazamento de informações não é publicidade. Publicidade, como já visto acima e, mais do que isso, enquanto princípio constitucional da Administração Pública, deve ser compreendida como uma prática administrativa revestida de legalidade e dos demais princípios norteadores da atividade estatal, dentre eles, por exemplo, a impessoalidade e a imparcialidade que, dentre tantas outras consequências, são incompatíveis com fornecimento seletivo de informações de determinados casos criminais a determinados meios de comunicação. A única publicidade legal é a que se operacionaliza pelos meios legais e por formas transparentes de concretização.<sup>785</sup>

Nesse contexto, os filtros seletivos realizados por agentes estatais para fornecimento de informações de investigações e de processos a canais de comunicação e a jornalistas específicos, principalmente quando mobilizados pela intenção de subsidiar discursos incriminadores contra pessoas, acabam por configurar formas dissimuladas – dissimular é fingir não ter o que se tem, diz BAUDRILLARD<sup>786</sup> - de prejulgamentos e revelam um comportamento deteriorado dos agentes envolvidos, culminando na efetiva suspeita, quando não certeza, de que estão inabilitados para atuar naquele caso específico.

Esse tipo de comportamento colabora para formação de uma opinião pública(da)<sup>787</sup> que, de forma precipitada e a partir de informações seletivamente divulgadas, eventualmente adere

---

<sup>784</sup> Sobre este ponto, v. Cap. II, item 2.2.2.

<sup>785</sup> Vide a propósito, exemplificativamente, art. 2º, V, da Lei n.º 9.784/99, arts. 4º e 5º da Lei n.º 11.419/06.

<sup>786</sup> “Dissimular é fingir não ter o que se tem. Simular é fingir ter o que se não tem. O primeiro refere-se a uma presença, o segundo a uma ausência”. BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulações**. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D’Água, 1991, p. 9.

<sup>787</sup> Com efeito, embora inúmeras vezes utilizada nas decisões das Cortes Internacionais e mesmo pela doutrina e nos meios de comunicação, o termo Opinião Pública é de difícil delimitação, sobretudo quando se coloca em

a versões acusatórias ainda suscetíveis de refutação perante o juízo competente ou forja suas próprias convicções, mas prejudicadas por uma perspectiva nublada dos fatos. Se os prejuízos sociais do indivíduo afetado são evidentes, eles não resumem todo o dano que, nos casos mais extremos, podem se resolver em julgamentos sobredeterminados por uma pressão popular e midiática incontrolável, a ponto de fazer tábula rasa de outra garantia fundamental, a imparcialidade judicial.

E por fim, há de se mencionar que mesmo quando seja possível ao órgão de comunicação acessar os autos de determinada investigação ou de processo judicial, há informações, dados, que estão acobertados por sigilo legal ou constitucional, razão pela qual limitam o direito à informação que se busca promover com a publicidade.

De fato, o art. 93, IX, CF/88 parece sinalizar na direção de uma preponderância do interesse público na informação, mesmo quando em jogo a intimidade da parte no processo. Por outro lado, o art. 5º, LX, CF/88 reconhece que a intimidade ou o interesse social são aptos a restringir a publicidade dos atos processuais.

BADARÓ afirma que o art. 792 do CPP corresponde no âmbito criminal ao comando constitucional do art. 5º, mencionado.<sup>788</sup> De fato, o preceito do CPP prevê a publicidade como regra, admitindo exceções para resguardar a parte de um grave inconveniente, além de evitar escândalo ou grave perturbação da ordem.

De toda sorte, dado o respaldo constitucional que animava a redação do art. 792 do CPP em sua redação original e aquele que se impõe atualmente por ordem da CF/88, parece mais contemporâneo admitir a restrição à publicidade sempre que no processo constem dados relativos a direito constitucional à intimidade, a exemplo do que ocorre no art. 189, CPC.

Ademais, mesmo naqueles casos em que for sedutora a tese da preponderância do direito à informação em detrimento da intimidade, deve-se recorrer à camada suplementar da presunção de inocência, a fim de verificar se a publicização de informações sigilosas tem o potencial de criar um cenário de prejulgamento do suspeito ou acusado.

---

perspectiva os múltiplos fatores que interferem no agendamento de assuntos tidos por relevantes e de interesse público e pela dificuldade de extrair consensos mínimos sobre determinados temas. Ademais, é comum que os meios de comunicação, que deveriam ser instrumentos de veiculação das várias e divergentes opiniões sobre determinados temas, acabem por assumir o posto de mensageiros da opinião pública, quando, a rigor, manifestam visões parciais, às vezes até minoritárias e de interesses ocultos. Em geral, não temos a pretensão de enfrentar o tema aqui, bastando apenas observar que nos referimos à opinião pública tendo em mente uma pauta razoavelmente imposta pelos meios de comunicação e o potencial de persuasão da sociedade que nelas se contém, resultando em adesões expressivas das versões midiáticas ofertadas no *mass media* sobre determinados assuntos.

<sup>788</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 75.

Em resumo, a publicidade processual não se cumpre por expedientes que violem direitos. Não se deve violar a presunção de inocência em nome de um suposto interesse público a que se recorre normalmente em caráter (quase) mitológico<sup>789</sup> para fundamentar violações de direitos individuais.

#### 4.3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO. ALGUNS PARÂMETROS PARA UMA TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO DE CONCILIAÇÃO.

A ideia de inocência que resulta de seu desenvolvimento pela ciência jurídica parece, por vezes, senão na maioria das ocasiões, incompreensível à opinião popular e incompatível com as liberdades de expressão que, sobretudo no âmbito da liberdade de imprensa, reivindicam o direito de informar, opinar e até mesmo julgar.

Com efeito, as dissonâncias entre a inocência jurídico-processual e as culpas presumidas, quando não acertadas, pelo tratamento midiático dispensado aos casos criminais, revelam a gravidade do problema.

Utilizemos aqui alguns exemplos que ilustram o cenário. Caso recente: em novembro de 2020, um homem foi agredido até a morte no interior de um supermercado em Porto Alegre/RS. Boa parte do episódio foi gravado por pessoas que posteriormente disponibilizaram vídeos em que se registraram as agressões. As pessoas que protagonizaram a cena foram facilmente identificadas e presas logo em seguida, mas o desfecho do caso é irrelevante para os propósitos aqui visados. A questão medular é que, de uma perspectiva técnico-jurídica, sem sombra de dúvida, os agressores filmados no momento em que praticavam o fato são ainda inocentes (ao que se sabe, não pende sobre eles qualquer condenação definitiva). Mas o mesmo já não se pode garantir perante a opinião pública.<sup>790</sup>

---

<sup>789</sup> O recurso sistemático a uma noção de preponderância do interesse público no âmbito penal e processual penal, tem sido característica presente no que se convencionou chamar nos últimos anos de garantismo integral, ou, enfim, uma nova proposta de interpretação da obra de FERRAJOLI que, em síntese, critica a introdução parcial dos ensinamentos do autor italiano no Brasil, posto que concentrados de forma hiperbólica nos direitos individuais, sem que a doutrina brasileira tivesse a mesma preocupação com os direitos coletivos igualmente reconhecidos pelo autor de *Direito e Razão*. Como se percebe nesses textos da “nova e mais completa interpretação do garantismo”, a estratégia tende sempre a defender limitação e/ou supressão de direitos fundamentais.

<sup>790</sup> VASCONCELLOS, Hygino. Homem negro morre após ser espancado em supermercado de Porto Alegre. **UOL**. Porto Alegre, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/11/20/video-mostra-homem-sendo-e-espancado-por-segurancas-do-carrefour-no-rs.htm>. Acesso em 02 fev. 2021.



Outro episódio que ganhou visibilidade na imprensa decorreu da publicação de parte de uma audiência criminal num caso de acusação por estupro. Na solenidade, de acordo com as primeiras imagens disponibilizadas pelo sítio *The Intercept Brasil* o advogado adota um comportamento hostil contra a vítima, dispensando um tratamento severo, agressivo, constringendo-a a ponto de a vítima manifestar um pedido de providências por parte do magistrado para atenuar a situação e garantir que ela fosse respeitada. Em acréscimo, o portal de notícias revelou que a sentença havia sido de absolvição e utilizou um termo polêmico para chamar a atenção, a tese do “estupro culposo”.<sup>791</sup> A reportagem gerou grande repercussão e logo após se viu, inclusive, o acionamento de uma petição pública no sítio *change.org* manifestando-se em favor de “Justiça por Mariana Ferrer” e mobilizando pessoas a pressionarem autoridades públicas envolvidas no julgamento de um possível recurso contra a sentença absolutória.<sup>792</sup>

Também aqui o resultado do processo não interessa ao desfecho da pesquisa, mas é digno de nota que mais de 4 milhões de pessoas tenham assinado uma petição pedindo justiça (o que significa condenação no caso, já que a sentença era absolutória), apesar de não conhecer em detalhes o caso que tramitava sob sigilo. Ou seja, parece que uma boa parte de pessoas já havia resolvido a responsabilidade penal a partir de alguns minutos de uma audiência e de uma reportagem de aproximadamente 5 minutos.

A propósito de petições públicas, merece destaque também o pedido de “Justiça por Miguel”, uma criança de apenas 9 anos que caiu de uma altura de 35m de altura num edifício em Recife/PE. É mais um dos rumorosos casos criminais que despertam um interesse extraordinário da imprensa e das mídias sociais para logo em seguida desaparecer do noticiário. Segundo notícias da época, o menino, filho de uma empregada doméstica, fora levado pela mãe à residência em que ela trabalhava. No momento da queda, a mãe da criança passeava com um cachorro de sua empregadora, enquanto o menino andava pelo edifício com a patroa de sua mãe. As imagens mostram que, em um determinado andar do edifício, a criança ficou dentro do elevador e a mulher que acompanhava a deixa sozinha. A criança subiu ao piso mais alto do prédio, escalou uma janela, caiu, teve ferimentos graves e morreu no hospital. A petição pública

---

<sup>791</sup> Esse caso ainda rende polêmicas e como se vê no sítio do TIB, a reportagem teve que ser editada por determinação judicial. V. ALVES, Schirlei. Julgamento de *influencer* Mariana Ferrer termina com tese inédita de “estupro culposo” e advogado humilhando jovem. **The Intercept Brasil**, 03 nov. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em 02 fev. 2021.

<sup>792</sup> SILVA, Vânia Jessica Oliveira da. Justiça por Mariana Ferrer # JustiçaPorMariFerrer. **Change.org**, 2020. Disponível em: <https://www.change.org/p/tribunal-de-justi%C3%A7a-de-sc-justi%C3%A7a-por-mariana-ferrer-justicapormariferer?redirect=false>. Acesso em 19 jan. 2021.

requer justiça e pede que a responsável (a empregadora) pague pelo crime. Ou seja, fato e autoria já estão acertados!<sup>793</sup>

Esses três casos são unidos por um ponto em comum: todos os envolvidos, suspeitos e acusados, são inocentes ou pelo menos eram ao tempo em que a repercussão midiática ganhou força. Mas o tratamento que recebe(ra)m de órgãos de imprensa e nas redes sociais pode ser incompatível com esse estado de inocência jurídico-processual.

Os episódios mencionados neste trabalho são numericamente insignificantes diante da avalanche de notícias e reportagens de âmbito policial e criminal que tomaram conta dos meios de comunicação. Diariamente, pela imprensa escrita, falada e assistida, a população recebe esse amplo material que já atinge uma capacidade de (quase) normalização no contato do público com as tragédias.

A banalização da violência, não sem exagero, pode ser constatada ao ver como diversos programas montam seus quadros de notícias intercalando uma história de tragédia seguida das informações meteorológicas, que, por sua vez, precedem o noticiário esportivo, do qual se volta às histórias policiais com incrível rapidez e naturalidade. Mesmo que a sequência não seja exatamente esta, vê-se a todo momento com alguma perplexidade programas que menosprezam a inteligência popular, conjugando assuntos que são dificilmente conciliáveis e dando publicidade a fatos que olvidam questões estruturais e de maior importância.<sup>794</sup>

Para os propósitos aqui visados não há necessidade de investigar por que motivo a violência garante de maneira tão contundente uma audiência considerável a programas especializados nesse tipo de cobertura. Basta apenas considerarmos que notícias e reportagens sobre casos criminais são diárias e incessantes exatamente pela capacidade de audiência crescente que proporcionam.

Num amplo mercado de notícias, a concorrência pela audiência popular pressiona os meios de comunicação a adotar estratégias de conquista de leitores, espectadores e ouvintes,

---

<sup>793</sup> BRITO, Daniel. Justiça por Miguel. **Change.org**, 2020. Disponível em: <http://bit.ly/3aAJjXF>. Acesso em 05 jan. 2021.

<sup>794</sup> Coisa do tipo: uma bela reportagem de “sucesso” em que alguém, normalmente uma pessoa de vida difícil, pobre, é erigido à condição de vitorioso porque se saiu bem em alguma atividade ou empreendimento de que obteve bons retornos financeiros (sucesso é sempre dinheiro!). Mostra-se, por exemplo, uma pessoa negra, da “comunidade”, que “venceu na vida”, por meio de esportes ou música, faz-se o apelo emocional recorrente a essas reportagens, enaltece-se o tamanho da vitória da pessoa, para, logo em seguida, dar-se destaque a operações policiais de combate ao tráfico de drogas ou outras atividades policiais que insistem em agredir e violentar justamente as comunidades há pouco vivamente celebradas. Naturaliza-se a visão de que aquelas comunidades são perigosas e precisam ficar sob controle policial e nem de perto se questiona, por exemplo, por que razão as vias ascendentes de mobilidade social são tão estreitas, sobretudo quando considerado o componente racial. Em síntese, o noticiário policial, em sua maior parte, é um típico divertimento, como de resto boa parte do noticiário geral.

forjando-se, num segmento comercial livre de quase todos os limites, práticas jornalísticas orientadas não tanto por princípios éticos, mas por interesses econômicos e pela preservação da “saúde financeira” da empresa.

Num mundo altamente conectado 24 horas por dia, em rede global, com milhares de pessoas ávidas por notícias e diante de uma capacidade frenética de exposição massiva de pessoas e de transmissão de informações, um passo inicial para o “sucesso” empresarial jornalístico está no noticiar primeiro, antes que qualquer outro canal.<sup>795</sup> A velocidade da notícia, num jornalismo de tempo real, assume, nesse contexto, uma preponderância sobre outras condicionantes para a publicação de matérias.<sup>796</sup>

Assim, ao contrário de uma checagem mais efetiva da notícia ou de uma edição mais cuidadosa da reportagem e da manifestação da opinião, os meios de comunicação optam pela publicação, ainda que irrefletida.<sup>797</sup> A credibilidade da informação vai paulatinamente cedendo espaço para a velocidade e sendo confundida com a atualidade com que disponibilizada.<sup>798</sup>

Adicionam-se a isso outros recursos insistentemente utilizados na captação da audiência, como o apelo visual com exposição incontrolável de pessoas, de cenas altamente

---

<sup>795</sup> MORETZSOHN, Sylvia. **Jornalismo em tempo real: o fetiche da velocidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 12 e ss.

<sup>796</sup> Sobre a imposição do tempo real, afirma MORETZSOHN: “Essas considerações indicam que as contradições entre, de um lado, uma estrutura que favorece a precipitação e a aposta em ‘prognósticos’ como valor de atualidade e, de outro, o respeito a regras que exigem um distanciamento (e, portanto, alguma desaceleração) para a apuração rigorosa da notícia, é tão antiga quanto a própria constituição da imprensa como atividade empresarial. Agora, na era do ‘tempo real’, essas contradições tendem a se agravar, e a se ‘resolver’ pela eliminação de um dos termos do problema -, pois, ‘qualquer explicação serve’ para sustentar a notícia transmitida instantaneamente”. MORETZSOHN, Sylvia. **Jornalismo em tempo real: o fetiche da velocidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 128.

<sup>797</sup> Na relação entre velocidade e reflexão vem bem a calhar a historietta de Carlos Heitor Cony transcrita por MORETZSOHN: “Quando Negrão Lima tomou posse na prefeitura do antigo Distrito Federal, despachou com um apavorado auxiliar da área da saúde: ‘Senhor prefeito, o Rio tem atualmente 2,5 milhões de ratos, uma para cada habitante!’ Negrão solidarizou-se com o pavor do secretário. ‘É muito rato!’ Tirou os óculos e, mais espantado do que antes: ‘Como é que vocês conseguem contar os ratos?’”. Ibid, 168.

<sup>798</sup> Aqui ocorre um curioso fenômeno de confusão da verdade com a verdade midiática que irrompe da versão oriunda do conjunto de publicações dos vários meios de comunicação. Assim, a única forma de aferição da verdade de uma notícia situa-se na possibilidade de consulta a múltiplas versões disponíveis, mas se os meios de comunicação inclinam-se a uma abordagem unívoca, então a verdade é posta midiaticamente. A isso se agrega outro fator relevante, que diz com a revolução digital que aproxima o jornalismo da instantaneidade e de uma forma preponderante de transmissão, o meio digital. A velocidade da informação mercadoria é mais importante do que critérios de verdade. RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999, p. 44 e 74. Atualmente, o cenário das produções massivas de notícias falsas agrava ainda mais o problema. Surge com isso outro tipo de jornalismo, o de checagem. Além do mais, a própria ideia de credibilidade da informação nos tempos atuais passa por critérios questionáveis como o número de visualizações, curtidas, etc.

violentas, de crimes em tempo real,<sup>799</sup> esgarçando todos os limites de dignidade, de privacidade, de intimidade, em nome de uma publicidade que a tudo vê e mostra.<sup>800</sup>

Nesse itinerário em busca de audiência instala-se um vale-tudo informativo que não hesita em recorrer aos casos criminais por meio de uma abordagem que já não se contenta com uma ferramenta informativa, mas aposta em estratégias intensamente afetivas, que intencionalmente buscam prosperar mediante apelos emocionais.<sup>801</sup> O uso da imagem, nesse contexto, é altamente efetivo, ao proporcionar reportagens que abusam de fotos e vídeos, quando muito, acompanhadas de breves legendas ou historietas mal contadas.<sup>802</sup>

A seriedade de um fato penal, um homicídio, por exemplo, é ignorada para que se possa criar, no lugar da tragédia, um foco de entretenimento. Ao invés de respeito ao luto pela perda de um ente, é comum ver jornalistas e repórteres disputando espaço para conseguir a primeira pergunta a um familiar de uma pessoa assassinada e a primeira publicação de matéria sobre tragédias cotidianas. Logo se instaura um quadro de enaltecimento da vítima e de suas virtudes, acompanhado de efeitos sonoros e comportamentos do repórter em demonstração de um “profundo pesar”; filmam-se familiares (se for possível ir ao velório, melhor), mostra-se o local do crime, chama-se a atenção para a barbárie do que ocorreu, passa-se em revista a vida do suspeito, local de residência e de trabalho, busca-se alguma passagem ou ocorrência policial para sugerir uma pessoa perigosa. Enfim, o roteiro é parecido em todos os canais. Alguns programas, no entanto, sobretudo quando não são diários, utilizam um outro expediente comum para chamar a atenção: as “informações com exclusividade”.

Em geral, esse tipo de reportagem aposta na “hiperemoção” causada ao receptor da mensagem, com o recurso sistemático a aspectos de simplificação e redução da complexidade da informação a níveis emocionais que possam transmitir, por uma espécie de equação

---

<sup>799</sup> No Programa Brasil Urgente, de 23-06-15, o apresentador Datena, transmitiu ao vivo uma perseguição policial em São Paulo, cujo desfecho foi a morte dos perseguidos por tiros dados pelo agente de segurança. A naturalização com que narra o episódio parecia abstrair a circunstância de que pelo menos alguns dos tiros foram disparados às costas dos fugitivos. Num segundo episódio, 20-08-19, envolvendo o sequestro de um ônibus sobre a ponte Rio-Niterói, o momento em que o suspeito do sequestro recebe o tiro de um atirador de elite foi registrado por um cinegrafista da Rede Record, ao vivo. No mesmo dia ele é recebido com rasgados elogios no programa Balanço Geral da emissora.

<sup>800</sup> Curiosamente, o grande irmão de Orwell não se desenvolveu exclusivamente no seio do Estado opressor, mas hoje se projeta por parte do mundo como empresas privadas de comunicação, serviços e entretenimento (Facebook, Amazon, Google).

<sup>801</sup> GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal**: As distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 81 e ss.

<sup>802</sup> O uso abusivo das imagens contribui para o concreto, para reduzir o político ao concreto e lateralizar o abstrato, a reflexão. As imagens fortes de tragédias, desastres, sofrimento, impõem-se a outros assuntos, ainda que possam ser menos relevantes. RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis/RS: Vozes, 1999, p. 26 e ss.

informativa, a ideia de que se a emoção ao ver o telejornal é verdadeira, a informação também o é.<sup>803</sup>

Com a TV e, de modo geral, com a possibilidade da imagem o modelo sensacionalista de jornalismo ganhou espaço e para atender seus interesses financeiros os grandes conglomerados comunicacionais não hesitaram em ampliar a programação dedicada à exploração das misérias humanas, principalmente no que se tocam com a questão criminal. O apelo ao emocional foi um componente relevante para dramatização do jornalismo, apostando muito na hipervalorização de elementos fúteis, superficiais, isoladamente irrelevantes, a fim de fomentar conjunturas de reduzida complexidade e paralisar o nível crítico na recepção da informação.<sup>804</sup>

Os meios de comunicação de massa acentuam assim o componente emocional que estimula a empatia ou a antipatia para com os personagens do drama noticiado. Oferta-se um catálogo de notícias recheado de representações do inesperado, que rompe com a rotina, do repetitivo que “parece reproduzir instantaneamente as desgraças do mundo”, do insólito que “subverte as regras morais e sociais de comportamento”, do inaudito e do trágico que dramatiza as experiências humanas.<sup>805</sup>

Trata-se de uma simbiose entre uma anemia sociológica e uma hiperbolia sensacionalista em que meios de comunicação capturam audiência mediante reportagens criminais revestidas de escassez de informações altamente relevantes conjugada com forte componente moralista.<sup>806</sup>

Nesse contexto, as coberturas criminais do tipo sensacionalista tendem a potencializar “um certo tipo de interesse mórbido, com características fortemente moralistas” que abusam da exposição de detalhes pessoais dos afetados e envolvidos pelo episódio, resultando numa concentração de esforços em situações particulares insuficientes para compreender o crime.<sup>807</sup>

Ao mesmo tempo, e paradoxalmente, “esta demasia no que tange aos aspectos particulares coexiste com uma espécie de anemia informativa relativa à complexa cadeia de eventos traumáticos que, de uma forma ou outra, explicam ou justificam a ocorrência do fato ilícito”.<sup>808</sup> Ou seja, circunstâncias como vulnerabilidade e risco são suprimidas da narrativa

---

<sup>803</sup> RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999, p. 22/23.

<sup>804</sup> GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal**: As distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 81 e ss.

<sup>805</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>806</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421/424. (Texto escrito em coautoria com Mariana de Assis Brasil e Weigert).

<sup>807</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>808</sup> Ibid, p. 423.

sensacionalista, apresentando o comportamento individual como uma variável independente da realidade social.<sup>809</sup>

Como observam SALO DE CARVALHO e WEIGERT, no conteúdo de um estilo sensacionalista de narrativa que opta pelo discurso de autor “invariavelmente prepondera o silêncio no que diz respeito às circunstâncias político-econômicas e socioculturais que revelam a forma de inserção destes sujeitos no mundo”.<sup>810</sup>

O resultado é um conteúdo normalmente “direcionado à supervalorização de alguns aspectos mórbidos ou bizarros dos protagonistas e dos coadjuvantes do evento problemático”, formatando hipóteses de “verdade” nitidamente marcadas por uma perspectiva moral.<sup>811</sup>

Esse cenário contribui para uma visão narcotizada do fenômeno criminal, marcada por um discurso cujo conteúdo busca a estigmatização de tipos específicos de criminosos e a legitimação de atuações estatais, sobretudo em intervenções policiais, assentando-se em alguns pressupostos, quais sejam o do crime como um dano irreparável e do criminoso como um bárbaro incapaz de adaptar-se ao meio social, além de recorrer ao puro maniqueísmo do tipo “nós, os bons, contra eles, os maus” e potencializar a sensação de medo e insegurança que grassa por todo lugar.<sup>812</sup>

Essa conjuntura reforçada pela pauta diária imposta pela expressiva maioria dos meios de comunicação reforça e edifica um sistema jurídico-penal e criminológico de caráter ortodoxo, funcionalmente orientado pelo princípio do bem e do mal que consolida um discurso moralizador robustecido “por marcadores publicitários como a impunidade dos crimes e a periculosidade dos criminosos”.<sup>813</sup>

Mas sem prejuízo das observações que são comumente dirigidas ao aparato midiático de reforço e legitimação das intervenções policiais sobre estratos populacionais de camadas populares mantidas sob rígido controle militar (policial e mesmo das Forças Armadas),<sup>814</sup> os

---

<sup>809</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 424. (Texto escrito em coautoria com Mariana de Assis Brasil e Weigert).

<sup>810</sup> Ibid, p. 424.

<sup>811</sup> Ibid, p. 424/425.

<sup>812</sup> Ibid, p. 426 e ss.

<sup>813</sup> Ibid, p. 429.

<sup>814</sup> “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. Quem se assusta hoje com o “three strikes and you are out” californiano poderia perfeitamente ter-se assustado há cento e vinte anos, quando von Liszt propunha o isolamento por tempo indeterminado para a terceira condenação por certos delitos. O controle penal da indisciplina operária, de anarquistas e do lumpesinato urbano - dos “vidas tortas” (vadios, prostitutas, mendigos) – recebeu em geral da imprensa o mesmo incentivo que, nos dias atuais, recebem as razzias de guardas municipais contra camelôs e flanelinhas, ou a mesma complacência que merecem hoje as mortes acidentais nas violentas incursões policiais

últimos anos têm sido marcados também por amplas coberturas de operações policiais dedicadas à repressão dos chamados crimes de colarinho branco, ampliando o espectro de análise do fenômeno.

Ainda que esse discurso seja aparentemente orientado pelo mesmo princípio do bem e do mal, o conteúdo das narrativas e a finalidade que as anima podem nem sempre estar circunscritos à legitimação de intervenções policiais sobre camadas populares, mas visar a demonização da política como instância mediadora dos conflitos sociais e mesmo servir a perseguições políticas de adversários.<sup>815</sup>

Diante desse quadro, trabalhamos com a ideia de que o jornalismo atual não é exclusiva e necessariamente uma função ideal de realização da imprensa livre e utopicamente pensada. A existência de vários jornalismo, seja de entretenimento,<sup>816</sup> seja de interesses privados, seja para servir ao interesse público, nos impele a pensar a questão para além de uma absoluta liberdade de imprensa.

O comportamento dos meios de comunicação frente ao caso criminal nos importa aqui, sobretudo, no que diz respeito à manifestação generalizada de prejulgamentos que definem de forma unilateral e arbitrária a culpa de alguém sobre um determinado fato penal, ainda que não tenham competência para tanto e que o façam à margem de qualquer devido processo legal.

Também nos preocupa a insistência com que órgãos de imprensa abordam de forma abusiva aspectos de um caso criminal, oprimindo pessoas e condicionando a opinião de ampla parcela da população a tal ou qual perspectiva, em geral, prejudicial ao suspeito ou investigado.

Reivindicando prerrogativas superpostas a qualquer controle, meios de comunicação em geral utilizam sistematicamente preceitos como liberdade de imprensa, de opinião e de manifestação, para expor suas próprias convicções sobre o mundo e, em particular, sobre o valor “justiça”, no que, aliás, normalmente não reservam, em matéria criminal, cuidados redobrados com o devido processo legal e suas garantias.

---

pelas favelas”. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 42, p. 242-263, jan-mar. 2003. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>815</sup> Sobre a influência de propósitos políticos no âmbito criminal, V. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natalia Luceno Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2. Ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

<sup>816</sup> De tipo dedicado à formação de espetáculos alimentados pela saciedade das paixões mais baixas dos comuns dos mortais, dentre elas a voraz curiosidade pela vida alheia, pelo escândalo, pela violação de privacidade, por calúnias, difamações e notícias infundadas, dentre outras lembradas por LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 48 e ss.

O cunho ideológico alinhado à ideia de defesa social explica a adesão a um perfil de desprestígio às garantias individuais, razão pela qual a presunção de inocência torna-se alvo de comportamentos midiáticos hostis. Uma característica comum dos programas jornalísticos desse viés é polarizar a atuação da justiça penal e o comportamento desviante como fator de intervenção social. Por consequência, há uma inclinação a criticar de forma simplificada o funcionamento do sistema judicial que seria inoperante, ineficaz e letárgico, suprimindo-se, com frequência, referências às garantias fundamentais das pessoas implicadas.<sup>817</sup>

Como adverte Nilo BATISTA, uma das consequências da fé na equação penal “se houver delito tem que haver pena” está no “incômodo gerado pelos procedimentos legais que intervêm para a atestação judicial de que o delito efetivamente ocorreu e de que o infrator deve ser responsabilizado por seu cometimento”.<sup>818</sup> E segue:

Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como um estorvo), da plenitude de defesa (o locus da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (imagine-se num flagrante gravado pela câmera!) e outras garantias do estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (= pena-notícia). Muitas vezes essas tensões são resolvidas por alguns operadores - advogados, promotores ou juízes mais fracos e sensíveis às tentações da boa imagem - mediante flexibilização e cortes nas garantias que distanciam o delito-notícia da pena-notícia.<sup>819</sup>

De outro lado, costuma-se salientar o êxito de medidas policiais de enfrentamento ao crime, normalmente mais eficazes do que o sistema judicial. A polarização entre o modelo policial e o judicial e a distinção entre o delinquente irrecuperável e o bom cidadão tende a potencializar uma confiança exagerada num incremento maior do sistema primário de segurança, em detrimento do modelo secundário da justiça penal.<sup>820</sup>

De tudo isso, agiganta-se a discrepância entre o tempo midiático, político e o jurídico-processual, com notório desdém à garantia da presunção de inocência. Afinal, o percurso do processo penal é “demasiadamente longo” para que se possa aguardar o julgamento, a não ser que, em casos específicos, a própria cobertura do processo penal granjeie interesse público e

---

<sup>817</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, n. 3, p. 117-131, 2000. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=59685](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59685). Acesso em: 19 nov. 2020.

<sup>818</sup> BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 42, p. 242-263, jan-mar. 2003. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>819</sup> BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 42, p. 242-263, jan-mar. 2003. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>820</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, n. 3, p. 117-131, 2000. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=59685](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59685). Acesso em: 19 nov. 2020.



assegure níveis palatáveis e rentáveis de audiência. No lugar do “letárgico” julgamento penal pela esfera competente, coloca-se então o juízo célere, intempestivo e definitivo dos meios de comunicação.

Assim, veem-se muitos profissionais da mídia e mesmo juristas de plantão que “compõe a vasta fauna dos juízes paralelos que são todos aqueles que se julgam capazes de decidir sobre as condutas alheias com o mesmo vigor de uma sentença transitada em julgado”, fazendo coro a expedições punitivas como “apóstolos da suspeita temerária” e da “presunção de culpa”.<sup>821</sup>

Os juízos midiáticos (ou paralelos)<sup>822</sup> são formas de julgamento público de condutas socialmente reprováveis, que ocorrem à margem do exclusivo e excludente poder jurisdicional do Estado, diz OVEJERO PUENTE. Apesar de reproduzirem parcialmente um ritual similar ao processo judicial, com manifestação de defensores, detratores, testemunhas, provas documentais e periciais, confissões, vítimas, etc, não são observadas as mesmas regras nem as limitações e garantias exigíveis num juízo estatal regular.<sup>823</sup>

Em pelo menos dois planos críticos de intervenção, afirma HERNÁNDEZ GARCÍA, identificam-se zonas patológicas de influência da imprensa sobre processos que aguardam julgamento. Em primeiro lugar, a incursão ilimitada nos fatos do processo, gerando versões acusatórias próprias baseadas na pressão sobre fontes de prova, na utilização indevida de provas ilícitas, e no exercício de juízos próprios e paralelos para confirmar as hipóteses adiantadas e geradoras de expectativas a serem atendidas.<sup>824</sup><sup>825</sup> A segunda patologia diz respeito à

---

<sup>821</sup> DOTTI, René Ariel. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 1008.

<sup>822</sup> A difusão de notícias sobre casos criminais, de informações sigilosas e de opiniões e comentários incriminatórios por meios de comunicação não é problema exclusivo do Brasil. Outros inúmeros países têm se debatido com a questão que envolve em várias dessas experiências o ponto nevrálgico do desrespeito à presunção de inocência e sua colisão com direitos fundamentais que tocam mais diretamente à liberdade de informação, de imprensa, às regras de publicidade. Confirma, a propósito, dentre outros: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017; PUENTE, Ana Maria Ovejero (coord). **La presunción de inocencia y los juicios paralelos**. Madrid: La Ley, 2012.

<sup>823</sup> PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). Prólogo. In: **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 11.

<sup>824</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa. Revista Aranzadi de derecho y proceso penal, Navarra, n. 3, p. 117-131, 2000. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=59685](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59685). Acesso em: 19 nov. 2020.

<sup>825</sup> Em sentido semelhante: “O estilo sensacionalista das reportagens e dos atos processuais revela, pois, o fato de que ambas as narrativas (jurídicas e jornalísticas) operam a partir de uma inegável ‘vontade de verdade’ (Nietzsche) – ‘vontade de verdade’ que pode ser percebida na afirmação de uma hipótese primeira apesar dos fatos; hipótese definida e nitidamente marcada por uma perspectiva moral, com pretensões universais de validade, e que conduz a interpretação do fato criminoso (Cordero)”. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6º ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 425. (Texto escrito em coautoria com Mariana de Assis Brasil e Weigert).

transformação dos tribunais e juízes em órgãos suspeitos perante a opinião pública, sobretudo porque, a partir da emissão de juízos paralelos, as possibilidades de solução do caso ficam reduzidas às hipóteses já antecipadas pelos meios de comunicação.<sup>826</sup>

Advirta-se, entretanto, que o juízo paralelo não necessariamente é condenatório, como observam MACIÁ-BARBER e GALVÁN-ARIAS:

*(...) um conjunto de informaciones sobre un asunto sub iudice aparecidas a lo largo de un período de tempo en los medios de comunicación, mediante las que se efectúa una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en hechos sometidos a investigación judicial. Tal apreciación se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso. Pasado un tiempo, en el que han ido difundiéndose informaciones sobre los hechos acompañados de juicios de valor más o menos explícitos, editoriales y contribuciones de colaboradores, los afectados parecen ante la ciudadanía, o al menos ante un segmento de ella, como inocentes o culpables.*<sup>827</sup>

No entanto, evidentemente que aqui nos interessa o aspecto condenatório dos juízos midiáticos. Portanto, parece mais adequado referir-se a *juízos paralelos condenatórios* como forma de identificar num dado contexto que envolva a cobertura midiática de investigação de fato penal ou processo penal em curso: a) a existência de uma opinião ou comportamento que se revista de caráter amplamente valorativo, a ponto de assertar a existência de um crime e a sua autoria ou condicionar a opinião dos receptores na direção condenatória, mediante a seletividade informacional; b) que essa opinião decorra de reportagens do meio de comunicação, do próprio meio de comunicação (editoriais) ou de pessoas que por meio dele tenham se expressado (artigos de opinião); c) que a mensagem repassada tenha conteúdo condenatório.

O ponto agora em destaque oferece outros problemas, mas vamos confinar a análise à pertinência que guarda com o princípio da inocência em estudo. Assim, vimos recentemente que o fenômeno criminal desperta um considerável interesse popular e corporativo (midiático), além de insuflar distintas manifestações em direções amplamente divergentes no que diz respeito, sobretudo, ao que deve(ria) ser o resultado de investigações e processos criminais.

Com efeito, a abordagem midiática hoje direcionada ao crime e ao criminoso está, em princípio, acobertada pelas liberdades de expressão que, em suas múltiplas projeções, se

---

<sup>826</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, op. cit.

<sup>827</sup> MACIÁ-BARBER, Carlos; GALVÁN-ARIAS, María-Ángeles. Presunción de inocencia y deontología periodística: el ‘caso Aitana’. **Revista Latina de Comunicación Social**, La Laguna (Tenerife), n. 67, pp. 362-393, año 2012. Disponível em: [http://www.revistalatinacs.org/067/art/960\\_Getafe/16\\_Macia.html](http://www.revistalatinacs.org/067/art/960_Getafe/16_Macia.html). Acesso 12 out. 2020.

acoplam à liberdade de pensamento,<sup>828</sup> às várias formas de manifestação, inclusive por meios de comunicação social.<sup>829</sup>

Ressalte-se que as liberdades de expressão são inerentes à sociabilidade humana, em especial, nos regimes democráticos que buscam potencializar o desenvolvimento dos indivíduos, resguardando a todos o livre direito de pensar, de se manifestar ou calar, de opinar, de emitir juízos sobre assuntos diversos.<sup>830</sup> Comporta, portanto, uma dimensão individual, inerente à dignidade humana, mas também uma dimensão política e social, transindividual, operando no plano das relações de comunicação e da vida social.<sup>831</sup>

Evidentemente, indissociável à liberdade de expressão está o direito de obter informações<sup>832</sup> que servem justamente para que aquele que nutra interesse possa colher elementos que permitam interpretar o mundo e compreender as coisas que acontecem no seu entorno ou em um espectro mais amplo. A liberdade de informação, a propósito, congloba até mesmo o direito de não querer recebê-la.<sup>833</sup>

A liberdade de expressão, pelo menos enquanto não houver uma colisão com outros direitos fundamentais, tutela “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”.<sup>834</sup>

A liberdade de imprensa, por sua vez, funciona como esse mecanismo ínsito aos regimes democráticos, em que à possibilidade ampla de se expressar, de se informar se correlaciona

---

<sup>828</sup> “A consciência é o recinto mais recôndito do homem. Consequentemente ela é em princípio indevassável, salvo processos de caráter químico ou cirúrgico, como a lavagem cerebral (...) No entanto, não há dúvidas de que o homem é senhor quase absoluto da sua consciência, podendo, em consequência, nutrir e alimentar toda sorte de opiniões. O pensamento, enquanto não externado, se confunde com a liberdade de foro íntimo, a qual, como vimos acima, não coloca nenhum problema para o direito ou a vida social”. BASTOS, Celso Ribeiro. *A liberdade de expressão e a comunicação social*. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 399/400.

<sup>829</sup> Embora a CF/88 não tenha adotado uma cláusula geral da liberdade de expressão em forma de gênero, a liberdade de manifestação de pensamento serve a esse desiderato e, em concreto, o que está em causa são as liberdades de expressão consagradas em vários dispositivos constitucionais, a saber, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de expressão artística, intelectual, cultural, científica e de comunicação, de ensino e de pesquisa, de comunicação e de informação, de expressão religiosa. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493.

<sup>830</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: Saraiva Digital. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 03 fev. 2021.

<sup>831</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 495/496; SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IV. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 255/256.

<sup>832</sup> TAVARES, André Ramos, op. cit.

<sup>833</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 498.

<sup>834</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: Saraiva Digital. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 03 fev. 2021.

diretamente com idêntica amplitude o direito de ser informado. Enquanto “a liberdade de pensamento, ou de opinião, é qualificada por alguns autores como simultaneamente primária e primeira, isto pelo fato de aparecer cronológica e logicamente antes de outras liberdades que não são senão um consectário seu”, a liberdade de imprensa “permite, por outro lado, a comunicação das opiniões. Aqui, a liberdade secundária amplifica a primeira ao mesmo tempo em que sobre ela se funda”.<sup>835</sup>

Tem-se comumente atribuído à imprensa funções altamente relevantes nas sociedades democráticas, dentre as quais figura com mais destaque o papel de fiscalização dos governos, dos atos e dos agentes estatais, uma espécie de quarto poder,<sup>836</sup> ou algo a que se denomina como a atividade do “cão de guarda”.<sup>837</sup>

A CF/88 traça limites ao exercício dos meios de comunicação, incorporados explicitamente aos arts. 220 e 221, adicionando-se a eles outros fundamentos eventualmente decorrentes da necessária proteção de direitos fundamentais afetados. Em geral, a questão dos limites à liberdade de expressão e à imprensa tem sido vista com muita cautela e compreendida de forma restrita.

Diz-se, a propósito, que o texto constitucional optou, em regra, por um regime de responsabilização por danos causados em detrimento de medidas preventivas que possam afetar mais diretamente a veiculação de informações e liberdade de expressão.<sup>838</sup> Ademais, no Brasil a liberdade de imprensa (como uma das projeções da liberdade de expressão) goza de ampla margem de atuação e, segundo definido pelo STF na ADPF 130, ostenta um caráter privilegiado em confronto com outros direitos fundamentais,<sup>839</sup> embora isso não signifique que sempre

---

<sup>835</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 400.

<sup>836</sup> SENDEREY, Israel Drapkin. **Imprensa e criminalidade**. Trad. Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky, 1983, p. 25-26.

<sup>837</sup> O fato de referirmos aqui a ideia da imprensa como cão de guarda não necessariamente implica na subscrição total a essa “função primordial”, posto que, com muita propriedade, a nosso ver, ela é posta em dúvida com bons argumentos, sobretudo em razão de interesses ideológicos, econômicos e políticos de grandes conglomerados midiáticos. Em todo o caso, a mencionamos por ser amplamente compartilhada, inclusive como uma autoimagem promovida pela grande mídia. Reflexões críticas a esse suposto papel da imprensa de fiscalizador, neutro e imparcial, que a todos vigia e denuncia, podem ser encontradas, exemplificativamente, em: RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999, p. 40 e ss; MORETZSOHN, Sylvia. **Jornalismo em tempo real: o fetiche da velocidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 55 e ss; FERES JR, João. Cerco midiático: O lugar da esquerda na esfera “publicada”. **Friedrich Ebert Stiftung**, São Paulo, out. 2020. Disponível em: <https://brasil.fes.de/detalhe/cerco-midiatico-o-lugar-da-esquerda-na-esfera-publicada>. Acesso em 20 dez. 2020.

<sup>838</sup> “A regra geral, que se infere claramente da nossa Constituição, é a de que os eventuais abusos e lesões a direitos devem ser sancionados e compensados posteriormente”. SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IV. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 257.

<sup>839</sup> Apesar da decisão do STF, o tema é controvertido. A propósito, criticando a visão de predominância da liberdade de imprensa sobre outros direitos, numa previsão meramente abstrata V. REALE JR, Miguel. Limites

haverá de prevalecer, mas sim que direitos fundamentais eventualmente afetados tem de ostentar um altíssimo relevo para se sobrepor num exame de proporcionalidade.<sup>840</sup>

Na linha do que expressou AYRES BRITO, a quem coube conduzir a maioria no julgamento que reconheceu a incompatibilidade da Lei n.º 5.250/67 com a CF/88, a liberdade de imprensa assim como a liberdade de pensamento e de expressão ostentam um caráter de sobredireitos de personalidade, aos quais se atribuem uma precedência sobre outros direitos constitucionais, tudo em nome da plenitude da liberdade de imprensa assegurada pela CF/88.

Por isso, advertiu o ministro, não haveria forma de proteger a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de expressão, potencializados justamente pelos meios de comunicação, senão pela “momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros”. E seguiu esclarecendo que, em qualquer caso, a inviolabilidade a que fazia referência dizia respeito ao direito de resposta, reparação civil ou sanção penal, medidas de caráter repressivo que não indicavam para qualquer precedência destes sobre a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão em geral (sobredireitos fundamentais).<sup>841</sup>

Assentou-se no mesmo julgamento, por maioria, a ideia de que a liberdade de imprensa não está sujeita a qualquer restrição em relação ao seu conteúdo. Literalmente, afirmou-se que “não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”, prescrevendo que nem por lei, nem por decisão judicial se poderia restringir o pleno exercício dos sobredireitos de manifestação do pensamento e de liberdade de expressão.

Entretanto, a despeito da manifestação do relator no julgamento da ADPF 130, parte da doutrina adverte para a possibilidade de limites explícitos e implícitos à liberdade de expressão e de imprensa, diante da concreta necessidade de se resguardar direitos fundamentais de terceiros.

A propósito, GONET BRANCO ressalta que a possibilidade de limitar ou impedir uma manifestação de opinião ou de ideia na hipótese de iminente afetação de direitos alheios divide opiniões. De um lado, há posição que refuta essa possibilidade, resguardando a reparação ou a punição para os casos de violação de direitos, ou seja, assegurando-se tão somente a atuação posterior do Judiciário. De outro, posição inclusive defendida por GILMAR MENDES, advoga

---

à liberdade de expressão. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2, p. 903/931.

<sup>840</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 500 e ss.

<sup>841</sup> BRASIL, 2009, p. 46 e ss, voto do Min. Carlos Ayres Britto, na ADPF 130.

que, em se tratando de violação iminente, é dado ao Poder Judiciário, no caso concreto, impedir a violação do direito, não fazendo sentido aguardar-se a consumação para só então atuar repressivamente. Assim, a indenização somente faz sentido quando impossível evitar o prejuízo. Em todo caso, afirma o primeiro autor, em razão da relevância dos direitos envolvidos é indispensável um exame rigoroso no caso concreto.<sup>842</sup>

Aliás, no próprio julgamento da ADPF 130, GILMAR MENDES ressaltou a possibilidade de intervenção legislativa para regulação de aspectos relevantes sobre o exercício dos meios de comunicação, justamente para a devida proteção da própria liberdade de imprensa e de outros direitos fundamentais. Ele salientou em seu voto a plena compatibilidade entre regulação e democracia, citando exemplos de vários países democráticos que tem leis sobre o tema, além de referir a importância da mediação legislativa para equalizar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.<sup>843</sup>

De qualquer forma, nas hipóteses excepcionais em que se venha admitir uma restrição prévia ao exercício da liberdade de expressão, deve-se atender à reserva legal e de jurisdição, sendo inadmissível qualquer forma de censura prévia em âmbito administrativo. Da mesma forma que se admite a restrição excepcional emanada de ordem judicial, não há por que impedir que o legislador o faça, desde que atendido o princípio da proporcionalidade e respeitados os limites dos limites.<sup>844</sup>

Com efeito, como dispõe o próprio art. 220 da CF, a comunicação social não se realiza à margem de limites constitucionais. E dessa forma, “a vedação ao embarço à informação jornalística também não é absoluta”, tendo em vista possibilidade concreta de choque com outros direitos fundamentais de estatura constitucional e que não se resumem aos citados no § 1º do art. 221.<sup>845</sup>

Sob esse aspecto, não se há de confundir as eventuais restrições e limitações ao exercício da liberdade de expressão e de imprensa com censura. Esta, tal como designada na CF/88, veda expressamente e de forma peremptória qualquer medida administrativa tendente a cercear as liberdades mencionadas. No entanto, não chega ao ponto de abarcar a providência legal ou

---

<sup>842</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: Saraiva Digital. Consulta em Base de Dados on line mediante assinatura. Acesso 03 fev. 2021.

<sup>843</sup> BRASIL, 2009, p. 225, 228, 235, 249, 255 e outras, voto do Min. Gilmar Mendes, na ADPF 130.

<sup>844</sup> SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IV. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 257.

<sup>845</sup> SARMENTO, Daniel. Comentários aos arts. 220/221. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 2038/2039.

judicial que tenha atendido aos critérios de excepcionalidade e de proporcionalidade em nome da proteção de outros direitos fundamentais de equivalente estatura constitucional.<sup>846</sup>

Dada essa conjuntura analisada se pode afirmar que presunção de inocência e liberdade de expressão podem coexistir, mas não necessariamente vão coexistir. É possível que uma informação seja devidamente divulgada sem que se viole a presunção de inocência, mas os múltiplos fatores que podem influenciar uma fabricação, edição e publicação de notícia ou de uma opinião, em geral, tendem a perturbar esse ambiente que no plano abstrato parece pacífico.

O primeiro problema, portanto, é identificar se, quando e onde houve a agressão à presunção de inocência; só depois é que a polêmica sobre um suposto conflito ou uma colisão de princípios assume alguma relevância. Aliás, de nosso ponto de vista, a violação ao princípio em estudo é diagnosticável mesmo nos casos em que se venha a decidir que a matéria pode ser veiculada ou a publicação deve ser mantida.

Se a construção teórica da presunção de inocência aqui apresentada for sólida o suficiente, então não é a providência de reparação ou prevenção que a legitima como válida. A rigor, os mecanismos de defesa, sob esse aspecto, como o são eventuais medidas preventivas ou as repressivas, a reparação, o direito de resposta, adquirem características próprias das garantias manuseáveis em nome da proteção de um direito ou de formas de tutela repressiva.<sup>847</sup> Ainda que a constatação de uma violação à presunção de inocência e a adoção de providência seja suplantada em nome de uma “momentânea paralisia à inviolabilidade de outros direitos fundamentais”, isso não quer dizer que o direito a ela não exista e que não possa em outro cenário doutrinário e jurisprudencial vir a ser alterada a forma de tutela.

Aliás, a perspectiva de autonomia da presunção de inocência nesse campo extraprocessual ora defendida parece ser compartilhada por SCHREIBER, que observa que

---

<sup>846</sup> Acerca da inaptidão da vedação de censura para evitar providências judiciais e legais de restrição e limitação à liberdade de expressão e de imprensa, v., dentre outros, SARMENTO, Daniel. Comentários aos arts. 220/221. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013, p. 2039; em sentido complementar, a censura no texto constitucional configura ação inibitória por parte do Poder Público, não se restringido ao âmbito administrativo, mas atingindo igualmente censura judicial. Ademais, a norma também impede a censura particular, ou seja, a ação inibitória por parte de um indivíduo para cercear a livre manifestação de outrem, como decidiu o STF na ADI 4815, ao permitir a publicação de biografia mesmo sem a concordância da pessoa biografada, sem prejuízo de que aquele que se manifestou assumia as consequências, tanto cíveis como penais, do que expressou. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: Saraiva Digital. Consulta em Base de Dados on line mediante assinatura. Acesso 03 fev. 2021. A advertência dos últimos autores, como se vê, é dirigida a decisões judiciais que funcionem como efetivo ato de censura, desprovido da fundamentação jurídica que lhe é exigida nos casos concretos em que venha a, legitimamente, operar como limite e proteção à violação de direitos de terceiros.

<sup>847</sup> Daí porque, como afirmamos anteriormente, é difícil confinar a presunção de inocência a uma garantia, e não também como um direito, no caso, um direito-garantia.

para além das lesões a direitos de personalidade, “campanhas de mídia deflagradas contra o acusado violam seu direito de ser presumido inocente, com possível repercussão no tratamento dispensado ao mesmo pelos próprios agentes estatais incumbidos da persecução criminal e do julgamento da causa”.<sup>848</sup>

Assim, no quadro constitucional que nos orienta, a liberdade de imprensa não é uma fórmula prescritiva oca nem uma bolha normativa como bem advertiu AYRES BRITO, porque tem um conteúdo de altíssima relevância, mas também não é simplificada por uma prevalência absoluta sobre todo e qualquer direito fundamental com ela ocasionalmente colidente.

As afrontas ao princípio de inocência em causa podem ocorrer de diversas formas. Nos casos mais visíveis se identificam, por exemplo, aqueles comportamentos (alguns inqualificáveis) de apresentadores de programas policiais que chega(ram) ao nível mais rasteiro do que se pode chamar jornalismo,<sup>849</sup> onde se acumulam reportagens frequentes em que se relatam, como definitivas, versões de fatos criminais e dos respectivos autores, ainda que muitas vezes (a rigor, na maior parte delas) as notícias sejam produzidas em meio aos estágios muito embrionários das apurações policiais ou, no máximo, tão logo concluído o inquérito policial.

Mesmo nessas circunstâncias, diante de informações ainda precárias e obtidas unilateralmente, apresentadores, repórteres, comentaristas, dignam-se a noticiar o fato e relatar as suspeitas tais como elas são, apenas suspeitas, cujo respaldo exsurge da investigação com elementos de autoria e materialidade que são insuficientes para esses juízos assertivos que frequentemente pululam acompanhados de adjetivações extremamente severas e de forte apelo moral(ista).

Soa quase desnecessário elencar exemplos sobre esse tipo de programa que domina boa parte do quadro de horários das TVs regionais e algumas de âmbito nacional. Em todo caso,

---

<sup>848</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 211. A noção de autonomia da presunção de inocência como direito fundamental destinado também aos veículos de comunicação é compartilhada em: LUZ, Denise; GIACOMOLLI, Nereu José. Vinculação dos órgãos da imprensa ao estado de inocência. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí/SC, v. 23, n.º 1, p. 6-34, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12783>. Acesso em 24 dez. 2020.

<sup>849</sup> Programas nacionais como Cidade Alerta ou Brasil Urgente e seus equivalentes em redes estaduais notabilizaram-se nos últimos anos por formas indizíveis de reportagens, permeadas pela alta exposição da vida de vítimas, de suspeitos, de acusados, com intromissão nas investigações, com acesso frequentemente ilegal a documentos constantes nas investigações, perseguição e constrangimento de investigados e testemunhas, incentivo à eliminação de “bandidos”, assassinatos, comemoração por mortes, comentários sobre personalidade de suspeitos, etc. Para resumir, por que não lembrar de uma das cenas mais patéticas que se viu recentemente em nome da audiência: no dia 17-02-20, o apresentador Luiz Bacci, do Cidade Alerta, fez questão de colocar ao telefone, ao vivo, a mãe de uma filha desaparecida e o advogado do suspeito, para que este informasse em rede nacional que o cliente havia assassinado a mulher. Ou seja, noticiou-se a morte de uma filha a mãe ao vivo e em rede nacional.



consideremos, ilustrativamente, um episódio do Cidade Alerta, do dia 22-09-20, apresentado por Luiz Bacci. A reportagem tem a seguinte chamada: “Pai que deu entrevista pedindo ajuda para achar a filha é o assassino”. O apresentador introduz a reportagem de maneira assertiva, chamando o suspeito de assassino, afirmando que ele matou a filha e o genro, amparando-se para tanto na investigação policial, cujo elemento central fora a confissão. O “comentarista” Percival de Souza imediatamente inicia a análise do crime e do criminoso, este “insensível, sem reação, sem sentimentos”, etc. Enfim, no programa o caso já está encerrado. O suspeito é culpado! “Caiu a máscara do monstro”, como disse o apresentador.<sup>850</sup>

Mas há formas que são mais sutis e nem por isso deixam de introduzir juízos paralelos condenatórios em notícias e reportagens. Em 04-02-21 o Portal G1 noticiara que o ex-juiz Sergio Moro peticionou ao STF solicitando a reforma da decisão que permitiu ao ex-Presidente Lula o acesso a um amplo conteúdo de mensagens trocadas entre membros do Ministério Público Federal e o então juiz no âmbito da operação Lava Jato.<sup>851</sup> O material foi coletado na chamada operação *Spoofing*, que teve como objetivo apurar quem seriam os suspeitos pela invasão de dispositivos particulares ou funcionais de agentes públicos. Ao falar sobre a operação, o portal refere: “A operação preendeu hackers que invadiram celulares de autoridades, entre as quais Moro e integrantes da força-tarefa da Operação Lava Jato”.<sup>852</sup>

Veja-se que essa notícia, aparentemente banal, é assertiva ao vincular as pessoas presas na mencionada operação à invasão do celular de Sergio Moro. Ocorrem aqui, portanto, alguns juízos precipitados por parte do portal de notícias: primeiro, ao afirmar que houve a efetiva invasão de caráter criminoso;<sup>853</sup> segundo, que quem a realizou foram as pessoas presas na operação; terceiro, as pessoas presas são hackers e são as culpadas. Por sinal, as pessoas presas

---

<sup>850</sup> Cidade Alerta Record, 22 set. 2020 (39:59). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=OqP2\\_Zzvoi0](https://www.youtube.com/watch?v=OqP2_Zzvoi0). Acesso em 13 jan. 2021.

<sup>851</sup> Como se sabe, parte dessas mensagens já vinha sendo divulgada por vários canais de comunicação desde 2019 (*The Intercept Brasil*, UOL, *El País*, etc) – entre esses canais, anote-se, por curiosidade, uma notável exceção, a Rede Globo.

<sup>852</sup> FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. Moro aciona STF contra decisão que permitiu a Lula ter acesso a mensagens da Operação Spoofing. **G1**. Brasília, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/04/moro-aciona-stf-contra-decisao-que-permitiu-a-lula-ter-acesso-a-mensagens-da-operacao-spoofing.ghtml>. Acesso em 04 fev. 2021. (grifo nosso)

<sup>853</sup> Aliás, ao veicular sua versão para os fatos, um dos suspeitos no caso, afirma que não houve invasão dos celulares, mas sim um acesso à conta, à nuvem, em que um dos agentes públicos envolvidos na Op. Lava Jato mantinha o acervo de conversas de que participava. Pode-se verificar essa versão na entrevista de Walter Delgatti Neto em: TV247, 16 fev. 2021 (01:48:23). Joaquim de Carvalho entrevista o hacker Walter Delgatti. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EIHe4PuEJJI>. Acesso em 19 fev. 2021.

já haviam sido expostas ao público por meio de fotos e relatos sobre idade, atividade profissional, lugar em que residiam, antecedentes criminais, dentre outras informações.<sup>854</sup>

Esse é um bom exemplo de que como liberdade de imprensa e presunção de inocência são conciliáveis, o que não quer dizer que esse intercâmbio constitucional de direitos seja sempre respeitado. Essa mesma notícia poderia simplesmente explicar a operação (a rigor, parte dela) elucidando que “A operação prende *suspeitos de invadirem* celulares de autoridades, entre as quais Moro e integrantes da força-tarefa da Operação Lava Jato”.

Para além das fricções constatáveis em notícias, um outro espaço de possíveis atritos está no âmbito dos editoriais ou textos de opinião. Certamente um dos casos criminais mais polêmicos do Brasil é o que envolve o ex-presidente Lula e o processo que tramitou na 13ª Vara Federal de Curitiba que culminou na condenação proferida por Sergio Moro. Ainda antes da sentença condenatória, só proferida em 12-07-17, o editorial do jornal Estadão de 28-02-17, intitulado “O desespero do PT” afirmara:

O PT sabe que, se os processos contra Lula forem tratados somente no âmbito jurídico, *a derrota do petista é certa*, e não porque a Lava Jato “persegue” Lula, mas sim porque, ao que tudo indica, *sobram provas contra ele*. Não é à toa que a equipe de advogados destacados para defender Lula, *em vez de dedicar-se a refutar as acusações foi até a ONU para denunciar a suposta perseguição política* que estaria sendo empreendida pelo juiz Sérgio Moro contra seu cliente. Além disso, *usa as audiências com Moro para irritar o magistrado*, tentando fazê-lo sair do sério, o que daria argumentos para sustentar a tese de que age contra Lula por motivações pessoais.<sup>855</sup>

O ponto central é que a declaração acima configura com exatidão o que chamamos de juízo paralelo condenatório, emitido por um órgão de imprensa que, consciente de acusação criminal que pende sobre uma pessoa, profere seu próprio juízo condenatório de forma definitiva, mesmo que o processo esteja em trâmite e aguarde decisão de mérito do juízo competente.

Como é próprio desde tipo de juízo paralelo, ele é proferido de forma arbitrária, unilateral, frequentemente sem qualquer contraditório ou por um contraditório puramente formal e epidérmico, sem respeito a garantia de defesa alguma e sem qualquer vinculação legal a um devido processo legal. Aliás, a completa e radical ojeriza que o Editorial manifesta pela existência de garantias processuais e de um devido processo legal é constatada na forma como despreza o que compreendeu como estratégias de defesa do réu e seu recurso a uma instância internacional de proteção de direitos humanos.

---

<sup>854</sup> Sobre a identidade dos suspeitos, publicada imediatamente após as prisões, V. Saiba quem são os 4 suspeitos de envolvimento em invasão do celular de Sergio Moro. **G1**. São Carlos e Araraquara, 24 jul. 2019. Disponível em: <http://glo.bo/3uhftiA>. Acesso em 05 fev. 2021.

<sup>855</sup> O desespero do PT. **Estadão**. São Paulo, 28 fev. 2017. Disponível em <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,o-desespero-do-pt,70001681491>. Acesso 02 fev. 2021. (grifos nossos)

Por fim, um outro tipo de violência à presunção de inocência, por vezes dissimulado em forma de ampla cobertura de um determinado caso criminal de interesse público, envereda por uma publicidade altamente opressiva,<sup>856</sup> que mina as condições ideais de defesa e perturba o cenário de normalidade e tranquilidade no qual o processo deveria transcorrer.

Trata-se de uma cobertura insistente que transmite em tempo real qualquer informação, mesmo que seja requentada e que não deixa desaparecer o fato do noticiário até que se forje uma conjuntura desfavorável ao suspeito ou acusado, tamanha a repercussão dada a qualquer elemento obtido ou produzido para pressionar a ideia de inocência ou afastar a possibilidade de dúvida sobre a existência do crime ou de sua autoria.

A quantidade impressionante de matérias jornalísticas e de pronunciamentos oficiais nesses casos, publicadas constantemente, perturba a própria capacidade de análise da conjuntura<sup>857</sup> em razão da atualização permanente do cenário investigativo ou processual.<sup>858</sup> Esse tipo de cobertura, realizada num tempo diverso do tempo processual, traz consequências que podem ser nefastas. Tanto pode criar uma percepção equivocada de leitores, ouvintes e espectadores, sobre o real estágio de uma investigação e as descobertas já realizadas, quanto pode pressionar os agentes públicos a dar respostas aceleradas para atender os anseios populares criados em boa medida pelas reportagens incessantes.

Nos casos mais graves, a pressão acaba não se confinando a uma resposta rápida, mas sim condicionando o próprio tipo de resposta a ser dada, normalmente reivindicada como uma prisão, seguida da condenação.<sup>859</sup> Ademais, a urgência exigida pelo tempo da mídia dificilmente compactua

---

<sup>856</sup> Sobre o tema, V. SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>857</sup> A censura democrática, diz RAMONET, “não se funda mais na supressão ou no corte, na amputação ou na proibição de dados, mas na acumulação, na saturação, no excesso e na superabundância de informações”. Nas sociedades democráticas, a censura não funciona mais como nos regimes autocráticos, “o que não quer dizer que não ela não exista mais. Ela se baseia simplesmente em outros critérios, mais complexos, econômicos, comerciais, ou contrários àqueles da censura autoritária. Como se oculta a informação hoje em dia? Por uma adição de informações: a informação é dissimulada ou truncada porque há informação em abundância para consumir. E sequer se chega a perceber aquela que falta”. RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis/RS: Vozes, 1999, p. 29 e 48.

<sup>858</sup> Como bem captado por MORETZSOHN, o jornalismo em tempo real exige publicações permanentes de informações e a checagem do conteúdo pode ser prejudicada pela necessidade de fazer frente aos concorrentes pela busca do prêmio de primeira publicação sobre o tema. Nesse modelo de jornalismo, é melhor publicar antes do que publicar uma informação mais fidedigna.

<sup>859</sup> A ordem a que recorremos aqui é intencional. De fato, com a amplitude das coberturas midiáticas relativas a casos criminais e grandes operações policiais, há uma tendência perceptível de apelo popular a prisões imediatas que, nesse particular, invertem a lógica do processo, que deve(ria) pressupor uma condenação para só então, se for o caso, seguir-se com a prisão. Com efeito, constata-se aqui um fenômeno que FERRAJOLI chamava de verdadeira eficiência do sistema penal moderno, em que as prisões preventivas, acabavam por revelar um resultado prático mais concreto do que a própria pena, diante do sentimento de justiça da opinião pública(da). FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 516. Vem a calhar aqui a observação de Nilo BATISTA: “O compromisso da imprensa - cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações - com o empreendimento neoliberal é a chave de compreensão dessa especial vinculação mídia-sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação

com a serenidade que se exige para um adequado desenvolvimento da investigação e do processo penal, questão que tende a suscitar na opinião dos receptores das notícias preconceitos contra as próprias garantias processuais e os direitos fundamentais que a eles também aproveitam.

No Brasil, um dos casos mais conhecidos desse tipo de cobertura midiática que se impõe de forma contundente, irrompendo com uma miríade de notícias, reportagens, e dando uma publicidade tão elástica a uma investigação criminal que acaba por oprimir as pessoas afetadas é o da Escola Base. As consequências desse caso foram sabidamente trágicas.<sup>860</sup>

Em março de 1994 um casal proprietário de uma escola infantil localizada no bairro da Aclimação em São Paulo/SP e um casal de funcionários foram acusados por duas mães de crianças de prática de abuso sexual contra os infantes – uma mãe e um pai também foram acusados. A sequência da investigação, liderada pelo delegado Edelcio Lemos, apoiou-se num laudo médico que apontara alguma fissura ou laceração anal em uma das crianças supostamente vítimas de abuso,<sup>861</sup> nos depoimentos das crianças e desdobrou-se na prisão dos suspeitos, na ocasião já tratados como culpados definitivos, e com uma ampla exposição midiática intencionalmente promovida pela autoridade policial e por vários canais de comunicação que absorveram as informações e as divulgaram de forma acrítica. A escola foi invadida e destruída por pessoas da comunidade. A fachada foi pichada com ofensas aos suspeitos (Mauricio estuprador, Paula “sapatão”, etc...). Uma das suspeitas na época, Paula, funcionária da escola, diz em documentário produzido pela EBC que seu nome e endereço residencial foram expostos em rede de TV e minutos após sua casa foi invadida e depredada. Foi um “prejulgamento”, um “massacre moral”, disse à EBC. As acusações eram graves, orgias sexuais, uso de drogas com as

---

implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam. O novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria idéia de pena: antes de mais nada, crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante: se na universidade um retribucionista e um preventista sistêmico podem desentender-se, na mídia complementam-se harmoniosamente. Não há debate, não há atrito: todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas. Pouco importa o fracasso histórico real de todos os preventivismos capazes de serem submetidos à constatação empírica, como pouco importa o fato de um retribucionismo puro, se é que existiu, não passar de um ato de fé; neste último caso, talvez por isso mesmo o princípio da negação dialética do injusto através da pena nunca tenha alcançado um tão desnaturado sucesso. A equação penal - se houve delito, tem que haver pena - a equação penal é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública”. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 42, p. 242-263, jan-mar. 2003. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>860</sup> Utilizamos como base aqui o documentário Escola Base – 20 anos depois (Caminhos da Reportagem, TV Brasil), publicado por TV Brasil, 07 nov. 2014 (50:39). Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/escola-base-20-anos-depois>. Acesso em 13 jan. 2021.

<sup>861</sup> Uma das entrevistadas no documentário realizado pela EBC, a professora Cristina de Gesu, mencionou na ocasião que informações médicas revelaram posteriormente que os problemas identificados no laudo poderiam decorrer de problemas gastrointestinais diagnosticados na criança, que tinha uma dieta rica em cálcio e apresentava sintomas de rigidez das fezes.

crianças, estupro para produção de conteúdo pornográfico. Uma das manchetes de jornal destacava: “Kombi era motel de escolhinha do sexo”.

Ouvidos para o documentário, os jornalistas Florestan Fernandes Jr, Regina Ferraz e Chico Verani, na época dos fatos vinculados à TV Cultura, esclareceram que foram procurados pelos acusados durante as investigações e só então as vítimas conseguiram apresentar uma versão concorrente com a hipótese publicamente ventilada pela autoridade policial. O desfecho é conhecido. As acusações eram infundadas e carentes de qualquer respaldo probatório. O inquérito foi arquivado, as vidas das vítimas profundamente afetadas ou destruídas. Alguns, posteriormente, obtiveram indenizações judiciais em processos movidos contra canais de comunicação.<sup>862</sup>

Merece destaque aqui um ponto da manifestação de NANCY ANDRIGHI em seu voto-vista no julgamento do REsp 1.215.294/SP, que tratou de um dos processos em busca de indenização no caso Escola Base: a ministra distingue o comportamento da imprensa e do delegado. Aquela efetivamente não mentiu, embora tenha sido descuidada ao veicular matérias aderentes à hipótese da autoridade policial, de modo que em sua perspectiva, a atitude dos meios de comunicação parecia atenuada em razão da credibilidade de que goza a informação oriunda do agente público.

Em nossa perspectiva essa distinção não atenua a responsabilidade do órgão de imprensa. Se a presunção de inocência é um direito fundamental com eficácia inclusive contra particulares, seria responsabilidade dos órgãos de comunicação respeitá-lo de forma a não dar à publicidade das investigações um caráter altamente opressivo como fez no caso da Escola Base, abdicando de qualquer garantia em favor dos suspeitos e proporcionando reportagens que levaram o público ao extremo de atos de violência contra as efetivas vítimas.

Mais do que isso, sequer alegações de que a presunção de inocência estaria circunscrita ao ambiente da investigação policial e às autoridades públicas amenizaria o papel da imprensa. Pois se assim fosse, num caso tão evidentemente ofensivo à garantia quanto o da Escola Base, era da responsabilidade dos periódicos constranger a própria autoridade policial e não dar vazão às suas intenções publicitárias em nome daquela função e do ideal iluminista de imprensa como órgão controlador e fiscalizador dos agentes públicos a que tão frequentemente jornalistas recorrem para fundamentar seus excessos sob o agasalho da liberdade de imprensa.

Esse descompasso, aliás, entre as funções ideais de uma imprensa livre e o papel de fiscalização e de constrangimento dos agentes públicos inclinados às práticas ilegais talvez tenha chegado ao ápice durante a operação Lava Jato, quando a cobertura diária e incessante das investigações, prisões,

---

<sup>862</sup> No STJ, v. (REsp 1215294/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 11/02/2014).

processos, condenações, era abastecida com vazamentos de informações sigilosas<sup>863</sup> e, portanto, por meio de possíveis crimes cometidos por agentes públicos, uma estratégia de cumplicidade (órgãos estatais/mídia) que muito antes já era publicamente defendida pelo então juiz Sérgio Moro.<sup>864</sup>

Em síntese, do ponto de vista aqui defendido, liberdade de imprensa, direito a dar e receber informação são sim compatíveis com a presunção de inocência.<sup>865</sup> Mais do que alguma dificuldade insuperável em casos concretos, o dique entre esses direitos tem se dado por conta de razões diversas, sejam interesses ou posições editoriais, comerciais e empresariais, desconhecimento ou desprezo de direitos, apego à velocidade da informação na busca do “furo de reportagem”, aderência acrítica a hipóteses acusatórias estatais, manipulações e distorções de fatos, etc.<sup>866</sup>

---

<sup>863</sup> Recorde-se como exemplo ilustrativo, o famoso trecho de uma conversa telefônica interceptada entre a então Presidente da República Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula, a que foi dada publicidade em nome “do bem e o interesse público”, contrariando frontalmente o art. 8º da Lei n.º 9.296/96, ao que se sabe, vigente à época.

<sup>864</sup> “A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado. Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*”. MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. Brasília: R. CEJ, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acesso 31 ago. 2020.

<sup>865</sup> Como pondera LECUCQ ao comentar o art. 9-1 do *Code Civil* francês, a norma protege contra o conteúdo jornalístico ou veiculado de forma pública que contenha um juízo prévio sobre a culpa do indivíduo. Portanto, a questão não passa por limitar ou censurar a atuação dos órgãos de imprensa, mas sim dar um contorno mais imparcial e neutro, a fim de que não se transmita pela reportagem ou notícia impressão de que a culpa já esteja selada, conforme a própria Corte de Cassação. Para LECUCQ, isso não coloca em risco a atividade informativa que apenas transmita notícias sobre procedimentos policiais ou judiciais, inclusive aqueles que afetem a liberdade da pessoa envolvida, contanto que, de parte do periodista, não se introduzam juízos de valor sobre a culpa do indivíduo. LECUCQ, Olivier. *Presunción de inocencia y juicios paralelos en francia*. in: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 90/91.

<sup>866</sup> “Sérgio Naya, ex-Deputado Federal e empresário do ramo de construções, alvo de um autêntico, mas inescrupuloso julgamento pela mídia (trial by media), não foi apenas execrado. Segundo o Juiz Heraldo Saturnino de Oliveira, que sentenciou o processo, a mais poderosa emissora de TV do país exibiu argamassa como se fosse concreto e exibiu para todos cenas de “reboco esfarinhado entre os dedos em meio a gritos de que tinha sido utilizado como concreto; impurezas encontradas na massa eram apresentadas como causa da ruína do edifício”. Acontece que no âmbito das provas do processo, assegura a sentença que o Instituto de Criminalística, o Instituto Nacional de Tecnologia e professores de nomeada, provaram que o concreto utilizado na construção do Palace II, o qual veio a ruir em 1998, era de boa qualidade. Desmentida pela realidade, que fazia ruir ou ao menos contestava a imagem construída do prédio e do empresário (este um tremendo mau-caráter e aquele um ‘castelo de cartas’, segundo se propalava), ainda assim a Globo não se deu por vencida, distorceu o quanto pôde a divulgação do laudo do Instituto de Criminalística. Tanto que o Juiz de Direito, enfrentando o poder da emissora e mostrando a que servem os predicamentos da magistratura, assinalou: “A divulgação do laudo foi falseada e distorcida (grifei). O Jornal Nacional, principal órgão informativo da televisão, noticiou de forma desleal – mais com os seus espectadores do que com os envolvidos – as conclusões da prova técnica, fazendo crer que no laudo existia o que ali não se continha, que os peritos tinham concluído de uma forma quando na realidade suas conclusões eram outras”. Em outra passagem da sentença, após registrar as dificuldades técnicas do caso, está dito: “Optou-se então pela simples e escancarada distorção. Frases foram destacadas e, para dar credibilidade à indignação estudada do narrador ou narradora,

Por isso mesmo, é indispensável reconhecer o papel fundamental que a imprensa (idealmente democrática) tem a exercer nas sociedades pretensamente democráticas, não só noticiando e dando publicidade aos atos de governo e de atores estatais em geral, contribuindo para uma fiscalização pública daqueles que atuam em nome do povo, mas colaborando igualmente na consolidação de um regime democrático por meio da divulgação, da informação, da formação e da prática institucional de respeito aos direitos e de respeito ao estatuto constitucional da cidadania.

Antes de uma violência implícita ou explícita de forma deliberada a um direito-garantia humano e fundamental para manutenção e preservação de um regime democrático e de um sistema de perseguição minimamente decente, é também um dever da imprensa contribuir para a dinamização e concretização da presunção de inocência por meio de informações que levem aos leitores, espectadores, ouvintes, elementos suficientes para compreender a garantia e a razão de sua existência.

Sob esse aspecto, não é possível acreditar que a imprensa livre possa exercer com afincado seu papel se for alçada a um patamar superior de onde não se pode submeter a qualquer tipo de limite, fazendo tábula rasa de quaisquer outros direitos fundamentais. Algo do tipo seria, aliás, como desconsiderar as provas históricas que insistem em confirmar uma advertência tão antiga como a de que um poder tende sempre ao abuso. Que a fórmula da advertência tenha se dirigido primordialmente ao poder público diz apenas sobre a necessidade de atualizá-la diante das potestades privadas atuais que reduzem muitos Estados à condição de coadjuvantes no poder.<sup>867</sup>

Advirta-se, a propósito, que os perigos em matéria de liberdade de imprensa decorrem muito frequentemente de comportamentos estatais porque todo regime autoritário nutre uma

---

mostradas em close-up sem qualquer menção ao texto que lhes dava sentido”. TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 36, p. 257-272, out-dez. 2001. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021. Ainda no mesmo sentido, apontado inúmeras incorreções (para não dizer mentiras) entre elementos constantes no inquérito policial e na narrativa do programa Linha Direta, conferir o exemplo do suspeito Marcos Capeta em BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 42, p. 242-263, jan-mar. 2003. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>867</sup> Ilustrativamente: em 2013, quando o PIB mundial chegara a 73,5 trilhões de dólares, apenas 28 grupos financeiros globais detinham em torno de 50 trilhões em ativos financeiros. Nesse mesmo período a dívida pública mundial era da ordem de 51,8 trilhões de dólares (DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**. A nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta. 2. ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2018, p. 77 e ss); Considere-se que a fortuna pessoal de Jeff Bezos, CEO da Amazon, em janeiro de 2018, era maior que o PIB de 133 países, segundo estimativas do FMI; em 2020, o preço de mercado da marca APPLE superou o PIB brasileiro de 2019; em 2020, durante a pandemia viram-se anúncios globais de “investidores institucionais” advertindo o Brasil sobre a necessidade de preservação da Amazônia sob pena de retirada de recursos do país ou de paralisação de investimentos previstos. O catálogo de exemplos de pressão que as potências financeiras exercem sobre a esfera pública é interminável. Resuma-se tudo na atividade das chamadas agências de risco, que ninguém conhece e nem sabe como e quem as compõe, mas pautam a agenda política global em nome da adesão rígida da maior parte dos países aos compromissos privados devedor/credor.

predisposição a restringir a liberdade de expressão, mas também não se pode olvidar os perigos recíprocos da falta de qualquer limite sobre o espaço privado dos meios de comunicação,<sup>868</sup> principalmente em razão dos grandes conglomerados de comunicação e a tendência à concentração das propriedades dos meios de comunicação.<sup>869</sup>

Não se defende aqui uma intervenção capaz de sufocar o mercado de ideias, ao modelo de uma polícia de ideias *Orwelliana*, mas é preciso reconhecer que a exclusiva autorregulação pouco ou nada pode fazer em termos de limitação dos abusos cotidianos perpetrados em órgãos de imprensa e em mídias sociais.<sup>870</sup>

Tendo o quadro aqui desenhado, a presunção de inocência como dimensão extraprocessual exige um tratamento adequado também por parte de órgãos de imprensa, reivindicando o direito que toda pessoa tem de ser tratada em notícias, reportagens, manifestações de opinião, como inocente, desde que, claro, esta seja sua condição em relação ao fato objeto da matéria publicada.

Na linha da observação de SCHREIBER, “o investigado ou acusado não tem o direito de impedir que seu caso seja reportado pela imprensa”, mas o princípio da presunção de inocência veda que a pessoa seja submetida a “tratamento humilhante ou exposição indevida pelos meios de comunicação”. O problema, acrescenta a autora, não é o interesse da imprensa na ocorrência de um crime, mas sim na lógica jornalística que permeia esse interesse e a forma como as pessoas e os fatos são retratados.<sup>871</sup>

Sob esse enfoque, a garantia em estudo transmite juridicamente pelo menos duas incumbências ao órgão de imprensa:

Em primeiro lugar, tratar toda e qualquer pessoa como inocente quando ainda não condenada criminalmente de forma definitiva, evitando, portanto, prejulgamentos em forma de quaisquer abordagens de conteúdo que impliquem na afirmativa assertórica de culpa ou que

---

<sup>868</sup> Sobre os desafios de regulação do setor e as insuficiências tanto na ideia de livre mercado, quanto na regulação estatal, v. SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2011. Disponível em: Saraiva Digital. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 03 fev. 2021.

<sup>869</sup> Sobre a concentração de propriedades de meios de comunicação no Brasil, V. HERVIEU, Benoît. O país dos trinta Berlusconi. **Repórteres sem Fronteiras**. Brasil, 2013. Disponível em: file:///C:/Users/roger/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/rsf\_brasil\_por.pdf. Acesso em 20 fev. 2021.

<sup>870</sup> A rigor, sobretudo em se tratando de grandes redes sociais digitais, melhor será uma intervenção estatal de caráter público (e com otimismo, também de caráter democrático), do que permitir a unilateral e arbitrária decisão sobre o quê e quando publicar por parte das empresas tecnológicas.

<sup>871</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210.



reflitam de forma dissimulada uma inclinação tendente a condicionar a opinião pública nesse sentido.<sup>872</sup>

Segundo, não ser conivente com práticas de agentes estatais que busquem, por meio da cumplicidade de meios de comunicação, introduzir versões acusatórias contra pessoas no espaço público das ideias mediante a seletiva liberação de informações prejudiciais a suspeitos e/ou acusados ou pela emissão definitiva de prejulgamentos.<sup>873</sup>

#### 4.4 COMO A VIOLÊNCIA ÀS DIMENSÕES PROCESSUAL E EXTRAPROCESSUAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PODEM SE RELACIONAR E SE INFLUENCIAR RECIPROCAMENTE?

As duas dimensões da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento expostas neste trabalho têm amparo nos mesmos art. 5º. LVII, CF/88 e art. 8º, 2, CADH, mas se desdobram de maneiras distintas, conectam-se com outros direitos e garantias e, eventualmente, colidem com diferentes preceitos jurídicos, constitucionais ou legais.

A dimensão processual tem destacada relevância em matérias de prisões, fundamentando a ideia de cautelaridade, por exemplo. Aproxima-se também da imparcialidade judicial ao vedar, por parte do juízo competente, emissão de prejulgamentos; confere justificção ao tratamento distinto entre preso provisório e preso condenado; guarda íntima conexão com o direito à não autoincriminação, posto que veda várias formas dissimuladas de violar a condição processual de não ser obrigado a colaborar em seu próprio prejuízo.

A dimensão extraprocessual é orientada pela mesma ideia-força de não condenar precipitadamente alguém e de não se tratar qualquer pessoa como condenada enquanto não tenha sido julgada definitivamente num processo penal. Com isso, ela veda, por exemplo, a

---

<sup>872</sup> Por mais curioso que possa parecer, um bom exemplo de abordagem sobre caso criminal envolve justamente o ex-apresentador de um programa policiaisco de Manaus, chamado Canal Livre. O documentário *Bandidos na TV*, disponível no NETFLIX, faz uma boa reconstrução dos fatos, das suspeitas que recaíram sobre o apresentador e do desfecho fatal em relação a ele ainda no meio das investigações. Mas a complexa conjuntura apresentada leva ao fim do documentário preservando híidas dúvidas sobre a responsabilidade penal dos fatos a ele imputados, ao contrário do que o tipo de programa que Wallace de Souza apresentava se propunha a fazer.

<sup>873</sup> O papel da imprensa livre deve ser refratário à cumplicidade na prática de ilicitudes por agentes estatais, assim como também precisa resistir à tentação de funcionar como mero órgão de publicação das opiniões de investigações, acusadores e mesmo julgadores. O jornalismo exige investigação e postura crítica em relação ao ambiente no qual se insere.

condenação informal emitida por autoridades públicas, mesmo por aquelas que não tenham competência para atuar no caso específico em que a pessoa afetada esteja envolvida; segundo nossa compreensão, ela também tem desdobramentos em matéria de publicidade processual e em âmbito mais polêmico, no que diz respeito à liberdade de expressão e de imprensa, vedando, também aos meios de comunicação e a quem por eles se dirija ao público, a emissão de juízos paralelos condenatórios ou a adoção de comportamentos hostis à presunção de inocência, a ponto de forjar ou manipular uma opinião pública inclinada a ver uma pessoa condenada criminalmente.

Embora aparentemente estanques, essas projeções podem se aproximar e se influenciar reciprocamente, tanto pelo aspecto positivo, quanto pelo aspecto negativo. São faces de uma mesma moeda. Destacamos alguns pontos para reflexão, inicialmente em âmbito processual e, em seguida, no aspecto extraprocessual.

Em primeiro lugar, o abuso recorrente do uso de prisões cautelares no Brasil, em boa parte desprovidas de fundamentação cautelar, destinadas com frequência a tentar colmatar, no estrito campo processual, lacunas deixadas na área de segurança pública e de forma mais abrangente pela precariedade de políticas públicas, contribui de forma significativa para um cenário de banalização dos instrumentos mais violentos à disposição do Estado; a isso se adicionam outros modelos de violência compartilhados de forma generalizada pelas agências executivas com a complacência do Poder Judiciário, a exemplo da utilização indiscriminada de algemas, das precárias condições sanitárias e de dignidade reservadas a pessoas presas.

Segundo aspecto, aliado ao primeiro, tem a ver com a frequente manifestação de parte de autoridades policiais, membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário em inquéritos policiais e processos criminais, com adoção de um comportamento hostil à pessoa ali implicada, tratando-a como uma inimiga, objeto sem direitos, aquele bárbaro de que falamos anteriormente, inadaptável ao meio social, e destinatário das reprimendas mais severas que o Estado pode lhe reservar; as constantes manifestações formais durante investigações e processos, em boa parte recheadas de clichês,<sup>874</sup> introduzem na linguagem técnica do processo

---

<sup>874</sup> Por exemplo, o trecho aqui transcrito foi extraído do julgamento da apelação no caso que desencadeou o HC 126.292/SP, cujo julgamento representou a mudança de entendimento sobre a possibilidade de execução antecipada da pena em fevereiro de 2016: “Nada obstante estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade. O julgador, então, que é e deve ser homem de bom senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade como aqui. Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime. (...) Quem em plena manhã, se propõe a assaltar indefesa vítima, em comparsaria e em poder com arma de fogo, e assim colabora para incrementar o clima de terror e de pânico em que se vive nas grandes e médias cidades, e expõe a risco de vida não apenas a vítima, com também circunstantes ou transeuntes,

um sentimento vulgar de desprezo ao catálogo de direitos fundamentais e, em nome de uma defesa social (esse é o princípio que os orienta) cometem todo tipo de afrontas à ordem constitucional. A presunção de inocência aqui destacada é uma das vítimas sacrificadas no “altar das boas intenções” em que se veem doses inimagináveis de sermões ofertados pelos servos da “deusa” ordem pública!

As presunções de culpa e as certezas que orientam os que atuam em nome do “bem” colaboram, em terceiro lugar, para justificar uma perspectiva de enfrentamento do mal que já não pode se confinar ao âmbito restrito do inquérito ou do processo. Os estreitos limites traçados pela formalidade dos direitos e garantias fundamentais são insuficientes para assegurar resultados expressivos no grande combate que se trava contra os malfeitores; a publicidade total, excessiva, é promovida para levar ao público informações oriundas das investigações e/ou processos, inclusive com a exposição daqueles detalhes íntimos, irrelevantes, mas também de todos os que, produzidos unilateralmente e desde que divulgados de forma seletiva, podem contribuir para a condução da opinião pública em direção ao elogio, à afirmação e a legitimação do comportamento desses agentes estatais que, a rigor, cavalgam sobre a “justiça”.<sup>875</sup> O vazamento de informações forja, assim, essa ferramenta à disposição de agentes públicos que também buscam, por meio de uma publicidade seletiva, inclinar a opinião pública, a um só tempo, contra as pessoas implicadas nas revelações e a favor daqueles que cometem ilegalidades em nome do “bem”, do “povo”.

---

decerto pais de família, trabalhadores que lutam para sobreviver, não tem o mínimo apego à dignidade e respeito pelo ser humano. Ou, como acima já se afirmou e agora se repete. Quem expõe a vítima a tão tremenda humilhação, deixando aquele ser humano, gente de bem – vítima também desta sanha criminoso de violência que assola nossa terra e assusta a todos nós -, levado à condição de um nada, levado a outro nada em sua dignidade humana, ameaçado, sob a mira de arma de fogo, decerto em pânico e terror intenso e gigantesco, não tem, como se disse, o mínimo respeito pelo próximo. Merecem tratamento severo, eficaz, responsável e compatível a seu ato indigno e de violência, compatível, mais, como resposta, ao que a sociedade assustada reclama e conclama a quatro ventos pelo país afora, especialmente do Poder Judiciário jamais, dessarte, tratamento benevolente, sob pena de se incrementar, mais ainda, esta nefasta onda de violência que assola nossa terra e assusta a todos nós, sabido que o semiaberto resulta praticamente em liberdade, significando convite a novos crimes àqueles que desrespeitam a vida humana, como aqui”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Recurso de apelação criminal n.º 0009715-92.2010.8.26.0268 - Apelação criminal**, voto n.º 32.468, do Des. Luis Soares Mello, relator. (íntegra do acórdão obtida mediante contato com profissional que atuou no caso).

<sup>875</sup> Como se observa com propriedade, aliás, o interesse midiático tende a se ampliar exatamente na fase investigatória, coincidindo com uma rotina de ações estatais de caráter mais inquisitório e desvestida de maiores preocupações com o respeito aos direitos de defesa. A repercussão das investigações, com muita frequência, acaba se cumpliciando com a versão “oficial” dos fatos e assumindo uma tonalidade condenatória. Por mais paradoxal que seja, vem a calhar a observação de GAU-CABEE, ao referir que a fase secreta, característica central do modelo inquisitório, é a que mais desperta o interesse da mídia. GAU-CABEE, Caroline. *Presse et justice : qu'en est-il de la présomption d'innocence?* In : **Histoire des justices en Europe - 1 : Valeurs, représentations, symboles** Publications numériques Dikè / CTHDIP. pp. 195-207. Disponível em: <http://publications.ut-capitole.fr/23283/>. Acesso 20 jan. 2021.

Esse tipo de comportamento tende a despertar o interesse de uma audiência cativa das desgraças cotidianas, potencializada pelo tipo de imprensa anteriormente mencionada e a que se vão somando episódios recorrentes de malversação de recursos públicos. Violência e corrupção (preferencialmente de agentes públicos), genericamente falando, assumem a centralidade da pauta jornalística.

É nessa conexão e no trato das matérias pela imprensa que surge o problema da indiferença com a presunção de inocência no âmbito das liberdades de expressão, com a ênfase que demos às publicações de reportagens e opiniões nos meios de comunicação. Temos aqui a dimensão extraprocessual da violência à presunção de inocência.

Aquele tratamento enérgico dispensado por parte de agentes públicos e à margem do devido processo legal, com claro desprestígio à ideia-força da presunção de inocência, logo ganha adesão em muitos meios de comunicação. Estes, por sua vez, alcançam grande parte da população e transplantam para um amplo espaço público informações de investigações e de processos, traduzidas com frequência em linguagem leiga, quando não vulgar, e ultrajante aos direitos e garantias fundamentais.

Os discursos jornalísticos desse cariz são subsidiados por manifestações formais e comportamentos informais produzidos ou constatados nos autos de inquéritos e processos, que transmitem uma clara opção dicotômica e maniqueísta como ferramenta intelectual para compreender o complexo fenômeno criminal.

Números expressivos de reportagens diárias abordam a questão criminal desde a perspectiva acima apresentada, culminando em consequências frequentemente indesejáveis: a publicação de informações, elementos probatórios ou opiniões unilaterais tendem a manipular a compreensão do caso concreto, empurrando a opinião do público ou de parte dele para uma determinada conclusão; a abordagem midiática incessante e revestida de forte conteúdo sensacionalista também subsidia o debate público de munição moral(ista), por meio da qual vai se formatando uma conjuntura de medo, insegurança e aversão política, desânimo e frustração a ordem tal como colocada e fomentando um apelo por medidas mais severas e combativas contra o “mal” que assola a “boa” sociedade.

Sob esse ângulo, constata-se um caldo cultural de aproximação às tendências punitivistas como resposta aos anseios de uma parte da população duramente afetada pela violência, pela pobreza, e por uma série de conflitos sociais cuja recorrência é imediatamente e de forma simplória relacionada àqueles sujeitos que a toda hora são reportados como violentos, perigosos, corruptos.

Em tal conjuntura, é difícil imaginar como se pode estabelecer, sem pressão ou constrangimento, uma relação necessária entre os direitos e garantias fundamentais com as pessoas implicadas nessas reportagens. O dia a dia dos meios de comunicação fomenta assim um ambiente de esgarçamento do tecido social por meio de estímulo à violência e à perseguição de determinados sujeitos indesejados que não fazem parte da ordeira sociedade dos “bons cidadãos”.

A abordagem específica de casos criminais, com frequência, é caracterizada por revelações e reportagens aderentes a versões estatais acusatórias ou que criam interpretações próprias desses órgãos de imprensa. A amplitude de coberturas midiáticas em determinados casos, promovida com uma reduzida complexidade do conflito social em causa, é capaz de criar sobredeterminações a um julgamento, pondo em dúvida até mesmo a credibilidade do Poder Judiciário e das próprias instituições jurídicas estabelecidas em favor dos cidadãos, sobretudo se o desfecho em âmbito judicial contradisser as expectativas geradas no plano midiático.

Como se vê, assim como a presunção de inocência em sua projeção de norma de tratamento tem uma dimensão processual e uma extraprocessual, também as variáveis de descumprimento de cada uma delas conglobam aspectos específicos nas duas dimensões.

É possível identificar zonas de convergência que engendram, nos planos processual e extraprocessual, uma cadeia de fatos e acontecimentos suficientemente aptos a criar e estimular uma conjuntura social de matiz bélico em relação às garantias fundamentais e, em particular, à presunção de inocência, quando o assunto diz respeito às páginas policiais (jornalísticas, midiáticas).

Aliás, torna-se imprescindível atentar-se para o fato de que a sobredeterminação não se limita ao momento de julgar, mas se projeta durante a investigação e o processo, operando como fator de pressão às ações estatais. No âmbito das prisões, por exemplo, é comum traduzir-se esse tipo de movimento por meio de expressões que ganha(ria)m aderência jurídica, tais como credibilidade das instituições e o próprio clamor público.

SCHREIBER aponta dois casos em que a violência à presunção de inocência revelou-se na forma como as prisões foram justificadas em nome da respeitabilidade das instituições diante da opinião pública mobilizada pela forte repercussão midiática acerca dos fatos.<sup>876</sup>

---

<sup>876</sup> Como é notório, os casos que denotam ampla cobertura midiática e as eventuais repercussões judiciais acumulam-se na experiência brasileira. Dentre outros, v. TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 36, p. 257-272, out-dez. 2001. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021; em relação ao caso de Isabela Nardoni, V. ANDRADE, Fábio Martins de. A influência dos órgãos da mídia no processo penal: o

No julgamento do HC 80717-8/SP,<sup>877</sup> que envolvia a prisão do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, o ponto central da discussão gravitou em torno do conceito de ordem pública, tendo se sobressaído a manifestação de ELLEN GRACIE, que liderou a maioria, ratificando a decisão de Primeiro Grau e afirmando que a repercussão do caso, a gravidade dos crimes, a hierarquia dos envolvidos, permitia a manutenção da prisão para assegurar a credibilidade das instituições, cabendo ao juiz atentar-se para a reação do meio ambiente à prática delituosa. “São graves, talvez mais graves os prejuízos causados à credibilidade das instituições, que mesmo o alcance econômico perpetrado”, advertiu.<sup>878</sup> Assim, o “Supremo Tribunal Federal, diante de um caso rumoroso, considerou o interesse da opinião pública e a indignação repercutida nos meios de comunicação de massa como causas legítimas para a decretação da custódia cautelar de réu em processo criminal”.<sup>879</sup>

Outro fato rumoroso foi o de Suzane Von Richthofen e os irmãos Cravinhos. O STJ analisou a regularidade da prisão preventiva dela no HC 58813-SP. No caso, a prisão de Suzane foi determinada um dia após uma entrevista concedida ao programa Fantástico da Rede Globo (entrevista do dia 09-04-2006).<sup>880</sup>

Na ocasião um microfone ligado captou duas conversas particulares dela com seu advogado, em que este a orientava a chorar frente às câmeras e sobre o que deveria falar a respeito do ex-namorado. As imagens e áudios foram divulgados pelo programa junto com uma abordagem que apontava a “farsa” em que os jornalistas foram envolvidos (a conclusão da farsa é da reportagem e não nossa).

Ao examinar a regularidade da prisão, o relator NILSON NAVES concedia a ordem de soltura com base em três fundamentos:<sup>881</sup> porque o STJ já havia revogado prisão preventiva do

---

caso Nardoni. **Revista dos Tribunais**, v. 889, p. 480-505, nov. 2009. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 03 fev. 2021.

<sup>877</sup> “(...) A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas. 5. Habeas Corpus indeferido”. (HC 80717, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2001, DJ 05-03-2004 PP-00020 EMENT VOL-02142-05 PP-00707). Disponível em: <https://bit.ly/2Zo3Ms1>. Acesso em 16 fev. 2021.

<sup>878</sup> BRASIL, 2006, p. 748 e ss, voto da Min. Ellen Gracie no HC 80717-8/SP.

<sup>879</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 199/204.

<sup>880</sup> Naquele momento a ré estava solta há aproximados 10 meses. Ao decretar a prisão, o magistrado faz clara menção a uma “pletora de pronunciamentos da ré, em vista da proximidade de seu julgamento Plenário” nos veículos de comunicação. Ele adere à manifestação ministerial que se baseou basicamente na reportagem, como explicitamente menciona, reconhecendo um risco para a testemunha (irmão da ré), além de referir a necessidade de proteger os jurados de eventual contaminação por conta de que “se nota a clara intenção de criar fatos e situações novas, modificando, indevidamente, o panorama processual”. Recorde-se que essa última afirmação parece intimamente relacionada à reportagem do Fantástico do dia anterior.

<sup>881</sup> (HC 58.813/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 04/12/2006, p. 383).

mesmo juiz contra a ré (HC 41182/SP); em segundo, porque a decisão não estava fundamentada e em terceiro porque carecia de fundamentos que autorizassem a custódia cautelar.<sup>882</sup> No entanto, a maioria se formou no sentido de chancelar a prisão preventiva, nos termos do voto de HAMILTON CARVALHIDO, que, em síntese, manifestou-se no sentido de prestigiar a decisão de 1º Grau.<sup>883</sup>

Entretanto, o voto que mais desperta interesse aqui foi proferido por PAULO MEDINA.<sup>884</sup> Efetivamente, o pronunciamento é exemplo do que se não pode chamar decisão judicial. Completamente desprovido de fundamentação jurídica, é uma ode ao descumprimento de leis em nome da prevalência da consciência pessoal; atribui ao clamor público relevância ímpar no caso de Suzane e simplesmente ignora por completo regras e princípios tão fundamentais à jurisdição penal, como imparcialidade, vedação a prejulgamentos, respeito à presunção de inocência, etc. Afirma expressamente que está indo além da técnica processual, porque é preciso responder à impunidade, sobretudo num caso grave como de assassinato de mãe e de pai.<sup>885</sup>

Segundo ele, “É preciso saber que a realidade deve conduzir os votos do juiz. É preciso conscientizar que o juiz não é alheio às circunstâncias que estão a envolvê-lo. Ele participa da insatisfação, ele participa do inconformismo, ele participa da renovação de consciência”.<sup>886</sup> E no caso concreto, há de se destacar o clamor público. Acrescenta ainda:

É por isso que entendo que o clamor público existe; existe sim, existe na vizinhança que não a quer, existe na sociedade que não a quer, existe na instabilidade local que não a quer, existe na comunicação que não a quer, comunicação muito criticada pela defesa, comunicação muito criticada, sutilmente, pelo Ministro-Relator. A comunicação que é indispensável, que não criou o parricídio, não criou a morte da mãe, não criou as entrevistas, comunidade que não criou nada disso. A imprensa, às vezes, cria, a imprensa, às vezes, estimula, a imprensa, às vezes, julga, condena ou absolve. Mas, neste caso, a imprensa nada mais fez senão ecoar a gravidade do crime. A imprensa nada mais fez senão estender a reação à sociedade, a imprensa nada mais fez senão ser a voz do povo que estava a exigir uma reação contra a impunidade. Indiciar que estou prejulgando, estou adentrando o mérito, não é verdade. Estou apenas limitando ao clamor público que pode conduzir à prisão preventiva na fase em

<sup>882</sup> Em síntese, o relator enfatizou a inexistência de nova fundamentação cautelar desde a revogação da prisão por decisão do STJ no HC anterior. Não havia no caso necessidade de prisão preventiva, posto que ausentes quaisquer dos requisitos legais para tanto. E mais, segundo informação que vinha do TJ/SP na ocasião, desde a obtenção da liberdade provisória, a ré encerrou-se em casa de uma família que a acolhera e atendeu a todos os chamados do Poder Judiciário, inclusive apresentando-se no distrito policial quando recebeu a nova ordem de prisão.

<sup>883</sup> SCHREIBER, Simone, op. cit., p. 207; BRASIL, 2006, p. 3 e ss, voto do Min. Nilson Naves no HC 58813/SP.

<sup>884</sup> BRASIL, 2006, p. 38 e ss, voto do Min. Paulo Medina no HC 58813/SP.

<sup>885</sup> A vinculação entre impunidade e prisão preventiva aqui é tributária de uma confusão que perturba parte significativa da nossa comunidade jurídica, que insistentemente adere às finalidades materiais da pena como fundamento para subsidiar privações cautelares de liberdade. Essa perspectiva tende a fragilizar, quando não anular, a instrumentalidade constitucional ínsita ao devido processo penal.

<sup>886</sup> BRASIL, 2006, p. 42, voto do Min. Paulo Medina no HC 58813/SP.

que está. Esse clamor é inegável, e, se ele é inegável, ele pode conduzir à prisão preventiva.<sup>887</sup>

O quadro aponta para uma simbiose entre as variáveis que repelem a ideia-força da presunção de inocência nos âmbitos processual e extraprocessual, em que o comportamento de agentes estatais, cada vez mais severo e refratário ao respeito aos direitos e garantias fundamentais, contribui para o fomento de uma compreensão equívoca e desidiosa por parte da população, ao mesmo tempo em que angaria estímulos e apoio popular como forma de legitimar uma pauta persecutória de verniz seletivo e arbitrário, que, no pior dos casos, se equivale em ilegalidades aos alvos de investigações e acusados.

A obtenção desse apoio popular é uma das consequências de um tipo de jornalismo e de abordagem midiática igualmente ofensivo ao estatuto constitucional do inocente e que tem o potencial de gerar expectativas públicas de comportamento estatal posteriormente respaldadas pela tradução equívoca em linguagem jurídica tão genérica quanto vazia de conteúdo jurídico-constitucional de demandas como o são “clamor público”, “credibilidade das instituições”, “sentimento de justiça” e equivalentes.

Há possibilidades de interferir nesse cenário por meio de medidas pontuais, cada uma a seu modo e tempo, buscando alguma forma de assegurar um devido processo e um tratamento adequado a todos. Apontaremos algumas que parecem mais diretamente conectadas com a presunção de inocência enquanto norma de tratamento.

#### 4.5 O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA E AS DIVERSAS POSSIBILIDADES LEGAIS DE CONTRIBUIR PARA UMA TUTELA DA CONDIÇÃO DE INOCENTE

A sensibilidade da questão liberdade de imprensa/presunção de inocência desafia uma ampla reflexão para se chegar, se é que é possível, a alguma solução mais adequada para essa relação. Nesse momento e diante dos limites inerentes ao tópico, reconhecemos, de um lado, a relevância de suscitar o tema dos juízos paralelos numa perspectiva que dá autonomia à presunção de inocência, não a vinculando necessariamente a exigência de julgamento justo. De

---

<sup>887</sup> BRASIL, 2006, p. 43, voto do Min. Paulo Medina no HC 58813/SP.



outro, admitimos a insuficiência das reflexões conduzidas neste momento para oferecer propostas de solução mais eficazes no que diz respeito ao tratamento indevido dispensado aos inocentes por parte dos meios de comunicação. Parece um tema relevante e com espaço para aprofundamento num contexto exclusivamente dedicado a tanto.

Entretanto, julgamos necessário reforçar que a condição de direito-garantia fundamental da presunção de inocência, tal como já assinalado, impõe consequências do modelo jurídico em pauta. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais colocam em cena ao mesmo tempo as posições jurídicas subjetivas, mas também vinculam o Estado a uma agenda de proteção da presunção de inocência numa esfera institucional e procedimental, cabendo a adoção de medidas que busquem conferir maior proteção e concretização ao princípio em estudo nas várias frentes em que ele se projeta.

As determinações de tutela são extraídas ainda do sistema interamericano de direitos humanos e das obrigações assumidas pelas Estado brasileiro a partir da adesão a um conjunto de normas de caráter internacional, dentre as quais, figura a presunção de inocência. Mais do que uma adesão formal, exige-se também um respeito ao conteúdo eficaz e às interpretações dadas ao tema pelas cortes internacionais, notadamente a CORTE IDH.<sup>888</sup>

De tal sorte que as questões aqui levantadas despertam interesse exatamente pelas dúvidas que cercam o atual cenário em matéria de liberdade de imprensa/presunção de inocência. Ademais, da natureza jurídica de direito-garantia fundamental atribuível ao art. 5º. LVII, CF/88, também se potencializa a obrigação de que o aparato estatal seja capaz de dar proteção à presunção de inocência em razão da aplicabilidade imediata que a norma contém, revelando mais uma zona de possíveis fricções com outros direitos, mas nem por isso negligenciável.

Embora parte considerável da equação entre os juízos paralelos condenatórios e a presunção de inocência possa até depender da intermediação legislativa, a admitir a observação de GILMAR MENDES no sentido de que a melhor equalização possível para a eficácia de direitos fundamentais entre particulares há de ser promovida pelo legislador (ADPF 130), é premente a necessidade de providências que possam dar concretude à garantia, mesmo diante da aparente escassez de remédios aptos a tanto.

---

<sup>888</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07GBGMYYK>. Acesso em 18 fev. 2021; dentre outros, V. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México**, parágrafo 225. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3nbwTJZ>. Acesso em: 26 jun 2020.

Esse é um desafio que acompanha(rá) o cenário do direito penal e processual penal. Por ora, nos limitaremos a apresentar algumas medidas legais que podem se referir a esse ponto.

#### 4.5.1 A antecipação de atribuição de culpa como abuso de autoridade.

Há de se considerar que os prejulgamentos extraprocessuais colocam problemas de várias ordens para as pessoas afetadas. Atingem tanto a honra e a imagem, quanto são aptos e eficientes para influenciar no comportamento dos próprios agentes estatais que estejam envolvidos com a investigação ou o processo e, nos casos mais extremos, desencadeiam reações indesejadas e muitas vezes ilegais de agentes públicos e mesmo de pessoas (jurídicas ou físicas) privadas que nada tem a ver com as questões penais em destaque.

Em particular, podemos nos ater neste momento à conduta dos agentes públicos envolvidos nas investigações e nos eventuais processos penais em curso. Evidentemente, não é possível exigir um comportamento em tudo semelhante entre quem exerce funções distintas como são as de investigar, acusar e julgar. A presunção de inocência como a vimos apresentando atravessa todas as funções estatais, mas os contornos traçados são em parte diferentes, a fim de que a própria atividade persecutória do Estado tenha como se realizar.

O início de uma investigação policial pode se respaldar na existência de uma infração penal, ainda que desconhecida a autoria, enquanto a formalização de uma acusação criminal pressupõe uma valoração dos elementos de investigação e uma necessária atribuição de uma conduta penalmente relevante à pessoa acusada.

No entanto, a formalização de uma acusação impõe (ou deveria impor) uma delimitação temática do que será o fato penal em questão e quem deverá ser responsabilizado por sua prática, caso comprovada nos autos a autoria e a efetiva existência do crime. Portanto, os subsídios fornecidos com a denúncia ou a queixa-crime ainda passarão por escrutínio das partes (contraditório) e do juiz penal, de modo que neste momento, não se pode emitir assertivamente uma opinião sobre a responsabilidade penal do acusado.

Como pontua LOPES JR, trata-se, primeiro, de demonstrar na formalização da acusação a existência de um fato aparentemente criminoso e, em seguida, apontar aquele contra quem é dirigida a pretensão acusatória.<sup>889</sup> Tendo em vista que é possível que a pessoa acusada não tenha

---

<sup>889</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 236 e ss.

sequer cometido o fato mencionado e do qual foi acusada, como reconhece o próprio art. 386, IV, CPP, neste momento não há um juízo de certeza, mas sim de verossimilhança.<sup>890</sup>

Exatamente por isso, à advertência de LOPES JR de que “a imputação deve ser dirigida contra quem praticou o injusto típico”,<sup>891</sup> consideramos relevante acentuar que no momento da acusação esse alguém *aparentemente* cometeu *um* injusto, dado que ele, tanto pode não ter concorrido para a infração penal, como ela sequer ter existido do ponto de vista penal (art. 386, III, VI, CPP).

O órgão julgador, por sua vez, está aí submetido à difícil tarefa de realizar um juízo preliminar sobre a presença dos indícios de autoria e de materialidade e, em caso positivo, receber a denúncia com o adequado andamento do processo, exigindo-se, entretanto, que não antecipe juízos de mérito capazes de revelar um prejulgamento inautêntico que reduz ou aniquila as perspectivas favoráveis de sentença absolutória.<sup>892</sup>

Em todo caso, a proteção da inocência no sentido jurídico-político com o qual se enfrenta a questão limita as possibilidades de manifestação dos agentes estatais sobre investigações e processos em curso aos estritos limites e às necessidades legais para sequência do procedimento, sem que a prerrogativa de se manifestar se torne uma carta em branco por meio da qual o agente encarregado da acusação, por exemplo, possa divulgar ilimitadamente opiniões assertivas de culpa e elementos de investigação e provas desfavoráveis ao acusado fora do específico e restrito âmbito do processo penal.

Com isso, afirmamos que a presunção de inocência em sua dimensão extraprocessual impede a manifestação pública de agentes estatais sobre o mérito de caso penal e, em específico, quanto à atribuição de culpa de determinado crime a alguém ainda não julgado definitivamente pelo juiz competente. Mas mais ainda: ela deve ser também uma garantia contra comportamentos de agentes estatais que, a despeito de não emitirem expressamente opiniões sobre casos em andamento, atuam clandestinamente para fabricar versões prejudiciais ao acusado, veiculadas de formas diversas por meios de comunicação em massa, sejam órgãos convencionais de imprensa, seja por meio de redes sociais.

A primeira expressão mencionada, a vedação de prejulgamentos, como visto, conta com amplo respaldo da jurisprudência da CORTE IDH e encontra posicionamento semelhante no

---

<sup>890</sup> Ibid, p. 239.

<sup>891</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 239.

<sup>892</sup> O problema do duplo pronunciamento pelo mesmo juiz foi objeto de alterações legais e tenta ser superado com a implementação do juiz de garantias no Brasil, atribuindo ao juiz da investigação a tarefa de receber ou não a denúncia (art. 3º-B, XIV, CPP), preservando, nesse sentido, alguma originalidade cognitiva para o juízo de mérito. Contudo, a implementação da novidade legislativa foi suspensa por decisão liminar do Min. Luiz Fux nas ADIs 6298, 6299, 6300, proferida em 15-01-20.

TEDH, recordando-se, inclusive, a regulamentação mais adiantada da matéria no âmbito da União Europeia, com a Diretiva 2016/343/EU,<sup>893</sup> que acolheu o conteúdo de importantes julgamentos anteriores.

No documento assinalado, consta que os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, enquanto a culpa do suspeito ou o arguido não for provada nos termos da lei, declarações públicas emitidas pelas autoridades públicas ou decisões judiciais que não estabelecem a culpa não apresentem o suspeito ou o arguido como culpado. Esta disposição aplica-se sem prejuízo de atos da acusação que visam provar a culpa do suspeito ou do arguido e de decisões preliminares de carácter processual proferidas pelas autoridades judiciárias ou por outras autoridades competentes e baseadas em suspeitas ou em elementos de acusação. Ademais, a obrigação prevista de não apresentar o suspeito ou o arguido como culpado não impede que as autoridades públicas divulguem ao público informações sobre o processo penal quando for rigorosamente necessário por motivos relativos à investigação criminal ou ao interesse público (art. 4º).<sup>894</sup>

Já no art. 5º, determina que Estados-Membros tomem as medidas adequadas para assegurar que o suspeito ou o arguido não sejam apresentados como culpados, em tribunal ou em público, através da utilização de medidas de coerção física.

A matéria recebeu atenção especial por parte do legislador brasileiro, incorporando na nova Lei de abuso de autoridade (13.869/19, de 05 de setembro de 2019) um tipo específico no art. 38, prevendo como crime (de menor potencial ofensivo) antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação – o artigo foi inicialmente vetado sob o argumento de que afrontava o princípio da publicidade, mas posteriormente promulgado em 27-09-2019.<sup>895</sup>

---

<sup>893</sup> CONSELHO DA EUROPA. **Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 09 de março de 2016. (Reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 11 out. 2020.

<sup>894</sup> Diz ainda o Considerando n.º 17 da Diretiva: Pela expressão «declarações públicas emitidas pelas autoridades públicas» deverá entender-se quaisquer declarações referentes a um ilícito penal, provenientes de uma autoridade interveniente no processo penal relativo a esse ilícito penal em causa como, por exemplo, uma autoridade judicial ou policial ou outra autoridade responsável pela aplicação da lei ou de outra autoridade pública como, por exemplo, um ministro ou outro funcionário público, subentendendo-se que tal não prejudica a legislação nacional em matéria de imunidade”.

<sup>895</sup> V. **Mensagem da Presidência da República n.º 406**, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: Mensagem n.º 406 (planalto.gov.br). Acesso 12 jan. 2021.

Trata-se de erigir a inocência ao posto de bem jurídico penal,<sup>896</sup> ainda que a nosso ver a proteção tendencialmente dispensada pelo artigo possa se revelar insuficiente. Eventualmente mais simbólica do que efetiva, em todo caso, a tipificação é um reconhecimento de que a matéria merece maior reflexão e já não se pode confinar a presunção de inocência ao estreito campo do processo penal, enquanto o processo penal e principalmente os fatos e as pessoas nele implicadas tornam-se cada vez mais atraentes para os meios de comunicação e para as redes sociais.

A perspectiva que nos parece salutar, de limites rígidos aos prejulgamentos veiculados publicamente, não tem nenhum compromisso nostálgico com investigações e/ou processos absolutamente secretos, mas rompe com qualquer tentativa de submeter investigados e acusados a uma exposição ilimitada perante a opinião pública(da) em nome de uma publicidade excessiva, principalmente porque suscetível de influências tendenciosas e resultados incontrolláveis.

Aliás, a ideia de publicidade em pouco ou nada é afetada pela vedação de prejulgamentos, posto que são públicas as informações processuais, quando não limitadas a outros impedimentos legais, enquanto o que torna os prejulgamentos inconstitucionais por violência ao princípio da presunção de inocência é essencialmente a sua emanção em momento e espaço inadequado do ponto de vista legal, constitucional e convencional.<sup>897</sup>

Por isso, inclusive, não faz sentido a manifestação da Presidência da República ao vetar o dispositivo. Afirmara então que “a comunicação a respeito de determinadas ocorrências, especialmente sexuais ou que violam direitos de crianças e adolescentes, podem facilitar ou importar em resoluções de crimes”. Há uma nítida confusão entre prestação de informações e antecipação de juízos de culpa ou de divulgações (quando não fabricações) de elementos que vão paulatinamente formatando uma única hipótese narrativa possível contra pessoas, gerando um cenário de provável inclinação da opinião pública(da) contra os afetados, ainda que à margem do devido processo legal e diante de possibilidades absolutamente desiguais de manifestação pública sobre o assunto.<sup>898</sup>

---

<sup>896</sup> Segundo STRECK e LORENZONI, o tipo tem como bem jurídico penal tanto a presunção de inocência quanto o devido processo legal. STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. **Comentários à nova lei de abuso de autoridade**. Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 189.

<sup>897</sup> Não deixa de causar perplexidade, portanto, a motivação da Presidência da República ao veto ao art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade. Ao que parece, em sua compreensão, o princípio da publicidade é absoluto como forma de dar transparência à atuação das instituições públicas e a atribuição de culpa por meio de comunicações precipitadas seria antes um dever do que uma violação de direito do investigado ou acusado.

<sup>898</sup> Essa confusão entre prestação de informações e publicidade das agências estatais e a atribuição de culpa por meio de prejulgamentos indevidos está presente também na fundamentação utilizada pela CONAMP ao

STRECK e LORENZONI preferiram deslocar o âmbito de tensão, ao contrapor presunção de inocência e liberdade de expressão, deixando em segundo plano o ponto atinente à publicidade. Advertem, a propósito, que não se deve confundir “o âmbito pessoal do agente público com o âmbito institucional do cargo público”, sob pena de se atribuir um sentido errôneo ao princípio que busca dar transparência às informações institucionais, mas alocam o conflito no primeiro cenário mencionado e o resolvem por considerar inadmissível que um cidadão que exerça cargo público antecipe, por meio de comunicação, atribuição de culpa a alguém nas condições do tipo.<sup>899</sup>

De fato, em casos desse jaez, uma cisão entre a pessoa-cidadão e a pessoa-agente é de difícil concretização, mas não impossível de se realizar. Ainda que o agente público possa ter suas próprias opiniões, o que se exige é que não se utilize do cargo público ou da dignidade que o cargo lhe empresta para catapultar suas projeções pessoais a respeito de um determinado caso criminal, como se representassem a posição institucional do Estado em detrimento das pessoas afetadas.

A propósito do tema, num caso emblemático no Rio Grande do Sul, um delegado de polícia, por “inspiração divina” travou sua “batalha contra o diabo” numa investigação que envolvia a descoberta de dois corpos esquartejados de crianças nas margens de uma estrada de Novo Hamburgo. Ainda antes da conclusão das investigações, a autoridade policial não hesitou em declarar publicamente contra pessoas apontadas como as responsáveis pelo crime que decorreria de um ritual satânico solicitado por algumas pessoas da cidade em busca de prosperidade econômica. Os suspeitos, com seus nomes divulgados,<sup>900</sup> foram presos e o caso teve ampla abordagem midiática. Em coletiva de imprensa no dia 08-01-2018 o delegado que conduzia as investigações afirmou que o “bruxo” responsável pelo ritual era muito experiente e provavelmente já teria praticado vários desses rituais. Aliás, mencionou na época que uma testemunha afirmara ter procurado o “bruxo” e que este solicitou R\$ 25.000,00 para realizar um

---

questionar a constitucionalidade do art. 38 da Lei n.º 13.869/19 na ADI 6238 exatamente porque prejudicaria a transparência que se exige da Administração Pública.

<sup>899</sup> STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. **Comentários à nova lei de abuso de autoridade**. Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 188 e ss.

<sup>900</sup> Em reportagem sobre o assunto, Daniel Favero, jornalista do G1 utiliza inclusive o recurso habitual de métodos jornalísticos que dispensam contextualizações para mostrar uma foto do que chamou de Templo satânico, que fica na Região Metropolitana de Porto Alegre. V. Sete Suspeitos de ritual satânico com morte de crianças no RS têm prisão preventiva decretada. **G1**, 08 jan. 2018, disponível em: <http://glo.bo/39CyZMQ>. Acesso em 13 jan. 2021. Em vídeos disponíveis de reportagens na internet divulgaram-se até mesmo falas do suspeito em seus trabalhos no templo, além de fotos dos demais suspeitos.

serviço, exigindo ainda que as crianças (a serem esquartejadas, por suposto) fossem da mesma família.<sup>901</sup>

Uma semana depois se noticiava a falsidade dos elementos de investigação, supostamente fabricados pelo delegado e outros envolvidos na apuração. Os investigados foram postos em liberdade, o delegado processado criminalmente e em novembro de 2020 fora condenado em primeira instância pelos crimes de falsidade ideológica e corrupção de testemunhas.<sup>902</sup>

O resultado do processo criminal contra o delegado aqui pouco interessa. Relevante é atentar-se para a ampla exposição a que foram submetidas as pessoas cujos nomes foram divulgados a pretexto de uma investigação que, de imediato, já despertava suspeita de traduzir hipótese excessivamente novelesca, sobretudo pelo formato performativo das entrevistas do delegado e pelo conteúdo realmente impressionante das revelações bombásticas que realizara.

Mas esse caso mencionado, embora chame a atenção pelo caráter absurdo em razão das descobertas posteriores, não resume as formas de violação à presunção de inocência em matéria de prejulgamentos indevidos. É importante salientar que, independentemente do resultado do processo contra a pessoa afetada pela atribuição precipitada de culpa,<sup>903</sup> a projeção do direito-garantia em exame impede qualquer manifestação de atribuição de culpa em forma de prejulgamento pelos agentes estatais a qualquer momento da investigação ou do processo.

As violências podem ser mais sutis e parecem ambientes bastante propícios para isso as frequentes coletivas de imprensa por parte de membros do Ministério Público que levam ao conhecimento da sociedade as informações sobre o resultado de investigações e motivos de acusações criminais, mas que, trilhando uma linha tênue, desbordam para o campo das assertivas atribuições de culpa.

Esse tipo de comportamento não é inevitável apenas porque o membro do Ministério Público ou mesmo a autoridade policial formulou um indiciamento ou uma acusação de alguém.

---

<sup>901</sup> O Trecho da coletiva da imprensa pode ser assistido na Internet: Entrevista com detalhes do ritual macabro que sacrificou crianças argentinas, publicado por Correio do Povo play, 08 jan. 2018 (3:26). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=DWhuRv0551g\\_](https://www.youtube.com/watch?v=DWhuRv0551g_). Acesso em 13 jan. 2021.

<sup>902</sup> Delegado é condenado a seis anos de prisão por inventar ritual satânico em investigação policial. **Correio do Povo**, 02 nov. 2020. Disponível em: <http://bit.ly/3sq14j6>. Acesso em 14 jan. 2020.

<sup>903</sup> No sentido de que o crime do art. 38 consuma-se com a antecipação de juízo de culpa, independentemente do resultado do processo, v. STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. **Comentários à nova lei de abuso de autoridade**. Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 190. V. ainda: “Trata-se de crime comissivo, que se consuma quando terceiro não envolvido na investigação toma conhecimento do juízo de valor negativo emitido pelo agente público a respeito da situação do investigado no caso”. SIMANTOB, Fabio Tofic. Comentários ao art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BREDA, Juliano. (org). **Comentários à Lei de Abuso de Autoridade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 174.

Generalizações desse tipo, aliás, seriam desrespeitosas com aqueles que diuturnamente trabalham no serviço público, seja investigando, seja acusando ou mesmo julgando, sem buscar holofotes e meios de constranger publicamente suspeitos e réus nos casos em que trabalham.

A proibição de antecipação de juízos de culpa foi, de fato, incorporada ao recente art. 38 da Lei 13.869/19, mas em menor extensão do que propomos, delimitando a possibilidade de consumação do crime ao período das investigações, posto que após a formalização da acusação as violências à presunção de inocência tornam-se, do ponto de vista penal, atípicas.<sup>904</sup>

O marco temporal eleito pelo legislador é suscetível de questionamento. A começar pelo fato de que a presunção de inocência estende seus efeitos até o trânsito em julgado da sentença condenatória e não até a formalização da acusação.<sup>905</sup> Por outro lado, tem o aspecto positivo de prever expressamente a impossibilidade de qualquer atribuição de culpa a alguém antes de concluída a investigação e formalizada a denúncia ou queixa-crime. Pelo menos durante a tramitação do inquérito ou do procedimento investigatório a norma tem aplicabilidade e já se mostra como um incremento importante se comparado ao cenário anterior à nova legislação.

Esse marco temporal previsto deixa a descoberto, por exemplo, o comportamento de julgadores que emitem opiniões e se comportam de forma absolutamente bélica em relação ao princípio da presunção de inocência, revelando ostensivamente seu desprezo pela projeção processual e extraprocessual do princípio, ao manifestarem-se publicamente, de forma direta ou dissimulada, em favor da antecipação de responsabilidade penal de pessoas processadas. Quando o comportamento do julgador diga respeito a caso em que ele próprio atua, é possível que o tema seja discutido também no âmbito da imparcialidade, conjugando-se aí elementos a que se fez referência anteriormente.<sup>906</sup>

Ademais, a moldura típica em forma de uma infração penal de autoria própria<sup>907</sup> restringe excessivamente a abrangência da norma incriminadora, deixando de alcançar a generalidade dos agentes públicos, circunscrevendo-se ao “responsável pelas investigações”.

---

<sup>904</sup> No mesmo sentido, v. SIMANTOB, Fabio Tofic. Comentários ao art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BRENDA, Juliano. (org). **Comentários à Lei de Abuso de Autoridade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 174.

<sup>905</sup> Crítica similar à nossa é feita por MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. A nova lei de abuso de autoridade. Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Consulta em base de dados *on line* da RT. Disponível em: <https://bit.ly/3ideo5L>. Acesso em 14 jan. 2021.

<sup>906</sup> V. Cap. III, item 3.4.

<sup>907</sup> Trata-se de um delito formal próprio, segundo STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. **Comentários à nova lei de abuso de autoridade**. Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 189; ou crime de mão própria, segundo SIMANTOB, Fabio Tofic, op. cit., p. 173; crime próprio, segundo MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. **A nova lei de abuso de autoridade**. Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Consulta em base de dados *on line* da RT. Disponível em: <https://bit.ly/3ideo5L>. Acesso em 14 jan. 2021.



Mas mesmo aí a redação é pouco elucidativa. Será apenas o delegado de polícia encarregado da investigação? O membro do Ministério Público também será afetado? Todos os agentes envolvidos na investigação são igualmente submetidos à legislação, ainda que não presidam o inquérito (art. 2º, Lei n.º 12.830/13) ou o procedimento investigatório criminal (arts. 26 da Lei n.º 8.625/93, 8º da LC 75/93 e art. 1º da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público)?

TOFIC SIMANTOB defende a possibilidade de que a norma alcance qualquer agente de alguma forma envolvido nas investigações, inclusive superiores hierárquicos, como os Procuradores-Gerais de Justiça, Procurador-Geral da República, diretores de polícia e até o magistrado responsável pelas medidas da fase de investigação.<sup>908</sup>

O espectro de abrangência da dimensão extraprocessual da presunção de inocência, tal como aqui apresentado, é muito mais amplo do que sugere o tipo do art. 38, mas em matéria de enquadramento legal em norma incriminadora não se há de optar, no âmbito estrito das interpretações de tipos penais, por soluções extensivas.

A despeito da projeção extraprocessual já assinalada como compatível com a presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, CF/88, o movimento legislativo foi ainda tímido e aparentemente a melhor maneira de compreender o tipo penal quanto aos sujeitos ativos é limitá-lo aos agentes públicos que tenham poder de condução da investigação, ou seja, o delegado e o membro do Ministério Público competentes no caso concreto.<sup>909</sup>

#### 4.5.2 Medidas legais diversas que podem ajudar a coibir o tratamento indevido por parte de agentes públicos e meios de comunicação

---

<sup>908</sup> Ibid, p. 173. Discordamos do autor no que pretende incluir entre os responsáveis pela investigação também o juiz. A nosso ver, quanto mais se exige uma estrutura acusatória para o sistema processual e de investigação, mais afastado fica o juiz da função de responsável pelas investigações. Cabe ao juiz hoje e posteriormente com o juiz das garantias o papel de garantidor de direitos. Sob esse aspecto, as opções teóricas exigem coerência. Ou é responsável pelas investigações e não é juiz, ou é juiz e não responsável pelas investigações. De outro lado, reconhecemos que num cenário de confusões funcionais e de invasões indevidas no espectro de atuação de outros agentes públicos, não se deverá beneficiar “juízes investigadores” afastando a aplicação da norma penal a pretexto de um compromisso teórico ignorado justamente por quem pratica as ilegalidades.

<sup>909</sup> Por isso, pensamos que deve haver cuidado na compreensão de abarcar agentes públicos em razão de estruturas hierárquicas. Aliás, em se tratando de Ministério Público, por exemplo, a autonomia funcional é uma prerrogativa que reserva ao promotor ou procurador natural a responsabilidade pela investigação, preservando o agente de influências hierárquicas na atividade-fim.

Possivelmente o art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade seja o tipo penal mais específico em matéria de presunção de inocência, ao vedar juízos antecipados. Aliada a isso, já havia a proibição aos membros da magistratura de manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério (art. 36, III, LC 35/79).

Há outra prática, no entanto, que tem se revelado cada vez mais comum na relação agente público e imprensa, que é o vazamento seletivo de informações de investigações ou processos penais para jornalistas e canais de comunicação em geral, contando com o auxílio desses órgãos midiáticos para a divulgação indevida de documentos, provas, declarações e informações que acabam passando por filtros cujos critérios redacionais são desconhecidos e chegam ao conhecimento público às vezes incorporados numa versão previamente construída contra as pessoas afetadas.<sup>910</sup>

O vazamento de informações sigilosas pressupõe o envolvimento de algum agente, em regra público, que teve acesso permitido aos autos da investigação ou do processo. Não se afirma aqui que todo e qualquer vazamento de informação sigilosa tenha o intuito de prejudicar a condição de inocente do investigado ou processado, mas que em determinados casos esse filtro da informação pode ser sim direcionado a minar a presunção de inocência perante a opinião pública.

Por isso mesmo, as várias previsões legais que resguardam o sigilo de informações oriundas de investigação ou processo penal são compatíveis com a presunção de inocência e podem colaborar na sua preservação.

Assim, uma das formas de coibir a quebra indevida de sigilo está prevista no *caput* do art. 325 do CP, em forma de violação de sigilo funcional: Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação. Em se tratando de agentes públicos atuantes em casos cobertos por segredo de justiça, por exemplo, não se vê

---

<sup>910</sup> Considere-se, por exemplo, o comportamento da Rede Globo que durante anos divulgara informações obtidas por sabe-se lá que meios (provavelmente resultado de crimes, já que boa parte documentos sigilosos) quanto a famosa Op. Lava Jato, mas posteriormente resistiu a divulgar o conteúdo de mensagens trocadas por procuradores e juiz (Sérgio Moro) atuantes naquela investigação sob argumento de que não daria visibilidade ao conteúdo obtido por métodos criminosos (lembre-se, o emblemático caso dos Hackers que obtiveram o acervo das conversas e o entregaram ao site *The Intercept Brasil*).

como não possam ser, em regra, submetidos a essa cláusula geral de penalização da quebra do sigilo profissional.<sup>911 912</sup>

911 Na Itália, uma das medidas que tentam conter o fluxo de informações midiáticas está no segredo das investigações disposto no art. 329, I, do Codice di Procedura Penale. Em linhas gerais, o dispositivo determina a manutenção do segredo da investigação até que o imputado possa ter acesso às informações e em qualquer caso até o encerramento da investigação. Permite-se tanto a ampliação do segredo, quanto sua restrição. Nos casos em que se mostrar necessário para a investigação, o Ministério Público pode determinar, a despeito das regras de sigilo do art. 114 do CPP, a publicação de atos singulares ou de parte deles. Por outro lado, ainda no interesse da investigação, mesmo quando não cobertos pelo sigilo do mencionado art. 114, pode-se determinar o sigilo de atos de investigação com o consentimento do imputado ou para garantir a continuidade da investigação em relação a outras pessoas. No que mais se conecta ao tema em análise, o art. 329, comma 3, b, permite a proibição de se veicular matéria com publicação que contenha conteúdo de ato específico ou notícia específica de determinada operação. Apesar de os preceitos regularem de forma bem restritiva o acesso às informações de investigações, na prática eles são pouco respeitados, afirma LUCIANI. De acordo com o autor, os critérios que buscam algum equilíbrio para gerir o grave problema da liberdade de informação e dos processos paralelos têm sido definidos pela jurisprudência, mas mesmo assim a proteção tem sido insuficiente. A experiência italiana tem sido farta de programas sensacionalistas, *talk shows* e coisas do tipo de ultrajam o senso comum de respeito a presunção de inocência. “*Se assiste, así, a un tristíssimo desfile de comentaristas, jueces, políticos, antropólogos, politólogos ou psicólogos que no vacilan en dar su versión cuando todavia no hay ninguna certeza sobre los hechos y cuando los “culpables” son sólo hipotéticos*”. LUCIANI, Massimo. La presunción de no culpabilidad y los “procesos paralelos” celebrados ante la opinión pública. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 97-113.

912 Na Espanha a questão tem passado também por se tentar assegurar algum grau de sigilo às investigações em curso (arts. 301 e 302 LEcrim), mas as manifestações e os juízos de valor emitidos pela imprensa têm passado à margem de sanções e padecem de regulamentação mais rígida e eficaz em favor de pessoas afetadas pela publicidade adversa (BRAVO, Gabriela. Derecho a la información y populismo mediático. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (coord). **La presunción de inocencia y los juicios paralelos**. Madrid: La Ley, 2012, p. 53), gozando a liberdade de informação, em regra, de uma prevalência em relação a direitos fundamentais das pessoas alvo de notícias (BRAVO, Gabriela, op. cit., p. 42 e ss e 58; CARILLO, Marc. Los juicios paralelos en el derecho comparado: el caso de España. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero, 2017, op. cit. A regra é que a fase de instrução seja secreta, salvo casos determinados em lei. A parte de plenário é oral e pública. Advogados e funcionários públicos, ou ainda particulares que tiveram contato com a investigação, que violem o segredo estão sujeitos a multa e no caso de funcionários públicos, inclusive à responsabilidade penal. As partes, em geral, têm acesso a todas as informações das diligências e da instrução, ainda que possa ser determinado judicialmente o segredo total, por um prazo de até 30 dias (admitida prorrogação, segundo STC 176/98). RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Los juicios paralelos. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 9, n. 90, p. 14-30, fev.. 2012. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=91121](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91121). Acesso em: 16 nov. 2020. A legislação espanhola em matéria penal trata de forma diferente o sujeito ativo, de acordo com o responsável pela violação do segredo, conforme o art. 466 do Código Penal. Assim, o advogado ou procurador que violar o sigilo processual será apenado com multa de 12 a 24 meses e inabilitação especial para emprego, cargo público, profissão ou ofício de um a quatro anos; em caso de violação perpetrada por qualquer particular que tenha tido contato com os autos, a pena será pela metade; mas a violação do sigilo por autoridades ou funcionários da Administração da Justiça implica nas penas do art. 417 do mesmo Código, em sua metade superior. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, op. cit.; MUÑOZ, Jaime Campaner. **Publicidad y secreto del proceso penal en la sociedad de la información**. Madrid: Dykinson, 2019, p. 117. Em todo caso, MUÑOZ afirma que os tipos penais têm tido mais caráter de direito penal simbólico do que uma efetividade contra os vazamentos frequentes de informações e violações do sigilo processual. MUÑOZ sugere, inclusive, que a postura do jornalista que se aproveita de informações oriundas de segredo de justiça poderia ser submetida à pena do crime de branqueio de capitais. Segundo ele, as informações obtidas ostentam um caráter tangível, além de uma expressão econômica, de modo que aquele que se aproveitas desse conteúdo sabendo de sua origem ilícita estaria praticando a conduta descrita no tipo do art. 301 do CP. Ao mesmo tempo, o autor refuta a ideia de aplicação ao caso do crime de receptação previsto no art. 298, CP, posto que este exige como delito antecedente uma ofensa contra o patrimônio ou um delito socioeconômico. MUÑOZ, Jaime Campaner, op. cit., p. 120/125.

Pense-se no caso de investigação sigilosa com previsão de cumprimento de mandados de prisão ou de busca e apreensão. A revelação a meios de comunicação do dia e hora em que serão cumpridas as diligências poderiam enquadrar-se na figura do fato sigiloso que chega ao conhecimento de um agente público em razão da atividade funcional e do envolvimento com a investigação. Não parece que o agente poderia transpor o limite desse sigilo profissional imposto por lei.

Aliás, a preservação do sigilo nesse tipo de operação poderia garantir o cumprimento de outros dois dispositivos legais correlacionados ao tema. Um deles, o art. 41, VIII, da Lei de Execução Penal, que garante ao preso (inclusive provisório) a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo. Há um segundo dispositivo sobre o tema, previsto no art. 13, I, da Lei de Abuso de Autoridade, que veda constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência a exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública.<sup>913</sup>

Ainda no âmbito das proibições de quebra de sigilo, o art. 30 da Lei de Abuso de Autoridade prevê como crime, com pena de detenção de um a quatro anos e multa, divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou do acusado. É impossível não se recordar aqui de trechos de conversas de familiares do ex-presidente Lula

---

<sup>913</sup> Na França, em geral, a investigação e a instrução são revestidas de segredo externo, ficando a fase de juízo oral submetida à publicidade (art. 11, *Códe de Procédure Pénale*). No entanto, há regras de manutenção do sigilo das informações endereçadas a todos os envolvidos no procedimento, de forma que a violação ao segredo estabelecido legalmente pode ser causa de sanção penal, conforme art. 226-13 do *Códe Pénale*, que, em síntese, prevê uma pena de um ano de prisão e multa de 15.000 euros para quem dar publicidade a informações sigilosas de que era depositário. Mais interessante ainda é a possibilidade de apenar com o crime de receptação previsto no art. 321-1 do *Códe Pénale* a conduta de periodistas que recebem materiais e informações sigilosas, configurando crime de receptação, cuja ilicitude antecedente é o crime do art. 229-13. Sobre o tema, MUÑOZ refere que há inúmeras decisões da Corte de Cassação francesa confirmando condenações de jornalistas por receptação de materiais oriundos de crime de violação de segredo profissional. MUÑOZ, Jaime Campaner. **Publicidad y secreto del proceso penal en la sociedad de la información**. Madrid: Dykinson, 2019, p. 66. Eis os dispositivos legais: “Art. 226-13: La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende”. “A revelação de uma informação com caráter secreto por uma pessoa que é sua depositária seja por estado, seja por profissão, seja em razão de uma função ou de uma missão temporária, é punida de um ano de prisão e 15.000 euros de multa” (tradução do autor). “Art. 321-1: Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende”. “A receptação é o fato de ocultar, de deter ou de transmitir uma coisa, ou de fazer função de intermediário para que se a transmita, sabendo que esta coisa provém de um crime ou de um delito. Constitui igualmente uma receptação o fato, com conhecimento de causa, de se beneficiar, de qualquer forma, do produto de um crime ou de um delito. A receptação é punida de cinco anos de prisão e de 375.000 euros de multa” (tradução do autor).

divulgados em rede nacional, apesar de não terem qualquer interesse probatório e, a rigor, qualquer interesse público.

Já o art. 8º da Lei n.º 9.296/96 prevê como sigiloso o procedimento em que se dará a interceptação telefônica de suspeito, preservando-se em segredo as diligências, gravações e transcrições, além de criminalizar no art. 10 a conduta de quem quebra o segredo de justiça sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (para fins de investigação ou instrução processual penal). Nem por isso deixamos de ser surpreendidos com admirável frequência pelas divulgações na imprensa de trechos de conversas interceptadas em investigações policiais.

Outra atitude que pode causar problemas à ideia da presunção de inocência diz respeito à divulgação indevida de conteúdo de acordos de colaboração premiada, apesar de legalmente estarem acobertados por sigilo, como prescreve o art. 7º, 3º, da Lei n.º 12.850/13. Em especial, porque nesse momento as revelações tendem a afetar pessoas que foram delatadas por interesse do delator, sem que tenham podido conhecer e refutar as acusações. Infelizmente, foi comum nos últimos anos ver esses acordos de colaboração premiada serem destrinchados em redes nacionais de televisão, de jornais, sítios de internet, etc, ainda que legalmente estivessem sob sigilo.

O Código Penal ainda oferece outros tipos penais voltados indiretamente à tutela da inocência. Principal deles, o art. 138, tipifica a figura da caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime ou, conhecendo a falsidade da imputação, a propala ou divulga. Pena de 6 meses a um ano de detenção e multa. Trata-se de um dos chamados crimes contra a honra que pode ser cometido por meios de comunicação, atingindo nessas circunstâncias, grande repercussão.<sup>914</sup>

---

<sup>914</sup> A rigor, inexistente na França um crime específico voltado à proteção da presunção de inocência, embora se admita que o desrespeito ao princípio possa, eventualmente, enquadrar-se no título de difamação previsto no art. 29-1 da Lei de liberdade de imprensa de 29 de julho de 1881. GAU-CABEE, Caroline. Presse et justice : qu'en est-il de la présomption d'innocence? In : **Histoire des justices en Europe** - 1 : Valeurs, représentations, symboles Publications numériques Dikè / CTHDIP. pp. 195-207. Disponível em: <http://publications.ut-capitole.fr/23283/>. Acesso 20 jan. 2021. Ademais, a partir de junho de 2000, o art. 35-ter da mesma Lei passou a prever como delito a divulgação de imagens de pessoas algemadas, acorrentadas, detidas provisoriamente sem sua autorização, além de vedar a realização de sondagens de opinião acerca da culpabilidade de pessoas acusadas e sobre a pena suscetível de lhes serem aplicadas. Conferir: “ Art. 35-ter: I. - Lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, de l'image d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, est punie de 15 000 euros d'amende. II. - Est puni de la même peine le fait : - soit de réaliser, de publier ou de commenter un sondage d'opinion, ou toute autre consultation, portant sur la culpabilité d'une personne mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale ou sur la peine susceptible d'être prononcée à son encontre ; - soit de publier des indications permettant d'avoir accès à des sondages ou consultations visés à l'alinéa précédent”.

Já o art. 339 também faz referência à inocência, ao prever como crime a conduta de quem dá causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém que sabe inocente. O delito está inserido dentre os crimes contra a administração da justiça, mas indiretamente também protege a condição de inocente.<sup>915</sup>

Em redação pouco diversa, o art. 27 da Lei de Abuso de Autoridade parece coibir igualmente os transtornos ao inocente. Incrimina a conduta de quem requisita instauração ou instaura procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa. Pena de 6 meses a 2 anos e multa. A mesma prática, se com finalidade eleitoral, adequa-se ao art. 326-A, do Código Eleitoral.

Ainda no que se refere à proibição de vazamentos de informações de caráter sigiloso merecem destaque previsões mais específicas atinentes a determinados agentes públicos. No âmbito do Ministério Público da União, por exemplo, é dever de todo membro guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função (art. 236, II, LC 75/93). Ademais, o art. 7º, § 2º, da mesma Lei atribui ao membro o dever de preservar o caráter sigiloso de informação, do registro, do dado ou documento que lhe tenha chegado ao conhecimento em razão de suas atividades funcionais. Já a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 8.625/93) prevê no art. 26, § 2º, a responsabilidade do membro que faça uso indevido de informação de caráter sigiloso.

As medidas legais aqui mencionadas estão disponíveis no ordenamento e podem ser utilizadas contribuindo para conter os prejuízos dos juízos paralelos condenatórios e das campanhas midiáticas veiculadas em meios de comunicação, em geral abastecidas por informações indevidamente vazadas ou manifestações emitidas por agentes públicos.

#### 4.5.3 Outras medidas destinadas a conter a pressão de fatores midiáticos no tratamento do caso penal

---

<sup>915</sup> A rigor, previsão de caráter similar também se encontra no art. 19 da Lei n. 8.429/936, embora aí diga respeito à falsa imputação de ato de improbidade administrativa.

Diante das influências midiáticas que podem refletir direta ou indiretamente na investigação ou no processo penal, seja por pressão sobre etapas e procedimentos, seja na própria fase decisória, é importante atentar-se para a ideia-força que transmite a presunção de inocência, a fim de, em casos concretos, cogitar-se de medidas aptas a proteger o direito-garantia fundamental em análise e assegurar um julgamento adequado, justo.

Não obstante a presunção de inocência guarde a autonomia reivindicada neste trabalho no que diz respeito à dimensão extraprocessual, ela tem também a importante conexão com a ideia de devido processo legal, tal qual já assinalado anteriormente e, por consequência, com uma ideia de processo justo que pressupõe um julgamento justo.

Por isso, recorreremos aqui às lições de SCHREIBER para identificar o que ela entende por uma campanha midiática contra uma determinada pessoa e acerca das medidas que podem colaborar na redução dos estragos feitos pelo jornalismo militante contra alguém.

Em primeiro lugar, a inevitável análise do conteúdo das reportagens permitirá identificar quando se está diante de matérias predominantemente opinativas, juízos de valor, que sustentam a culpa do acusado e cobram por uma condenação rápida, criticando a forma leniente com que a Justiça conduz o caso. Mesmo em casos de notícias pretensamente informativas, elas são caracterizadas por revelação parcial de fatos e versões e com manipulação de dados. A isso se soma, em regra, a intensidade de matérias e publicações que ocorrem por um determinado período de tempo e se espalham por diversos canais de comunicação.<sup>916</sup>

O segundo aspecto de relevo diz respeito ao risco potencial de interferência num determinado julgamento, sendo que o critério mais adequado de análise é a potencialidade de prejuízo ao réu, dispensável qualquer prova concreta de prejuízo. Com efeito, essa é linha defendida também pelo TEDH, diante da dificuldade de aferir a real influência midiática em cada julgador.<sup>917</sup>

Por fim, um último elemento a se considerar é a atualidade do julgamento. Assim, segundo a autora, o critério pode contemplar desde a instauração do inquérito policial até o julgamento definitivo da causa. Ela adverte, no entanto, que não se trata de proibir notícias e reportagens, mas sim de identificar os casos em que se constata uma campanha da mídia com potencial de influenciar o resultado do julgamento em desfavor do indivíduo.<sup>918</sup>

---

<sup>916</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 376/377.

<sup>917</sup> *Ibid*, 377/378. Sob esse aspecto, são importantes as referências à noção de imparcialidade já adiantadas no Cap. III, que dizem respeito à possibilidade de se garantir um julgamento adequado.

<sup>918</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 380.

Diante da constatação de uma publicidade opressiva, a autora sugere algumas medidas que, num conflito entre necessidade de um julgamento justo e liberdade de expressão, possam oferecer soluções menos ou mais restritivas. Num primeiro grupo de medidas, figuram aquelas que, em princípio, não restringem a liberdade de expressão.

Assim, o desaforamento previsto no art. 427 do CPP pode ser uma ferramenta importante na tentativa de deslocar o julgamento quando haja dúvida sobre a imparcialidade do júri, por exemplo. Como refere NICOLITT a medida tem o intuito de impedir a manutenção de um julgamento perante um júri local contaminado pela pressão popular e midiática oriunda dos veículos de comunicação da região.<sup>919</sup>

Defende-se também a possibilidade de postergação de um julgamento, inclusive por juiz togado, quando a simultaneidade da campanha midiática torne o ambiente muito hostil para um desfecho eventualmente favorável ao réu. A tentativa de arrefecer os ânimos com a suspensão provisória do julgamento, entretanto, pode mostrar-se ineficaz, posto que nada impede que a imprensa retome a cobertura do caso assim que retomar curso o processo.<sup>920</sup>

Outro cuidado recomendado é a vedação de introdução nos autos de provas produzidas por jornalistas, meios de comunicação, quando não respeitados direitos e garantias fundamentais. No caso do júri, SCHREIBER também recomenda a proibição de introduzir matérias que, apesar de lícitas, tenham caráter nitidamente prejudicial ao réu, fruto da “verdade midiática”.<sup>921</sup> A vedação de uso de provas produzidas pela mídia busca, com razão, evitar que o réu venha a ser processado com base em provas produzidas sem contraditório e sem os contornos jurídicos e éticos exigidos de uma prova judicial.<sup>922</sup>

Há um segundo grupo de medidas que podem tocar mais incisivamente na liberdade de expressão e de imprensa.

Destacamos em primeiro lugar aquela que parece se acomodar muito bem na visão de entusiastas da plena liberdade de imprensa. Diz-se que o controle sobre o discurso e a liberdade de imprensa ocorrerá com mais discurso e liberdade de imprensa. Pois bem. O direito de resposta mostra-se apto, em princípio, a concretizar essa ideia.

---

<sup>919</sup> NICOLITTI, André. **Manual de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/3pz4SvM>. Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>920</sup> SCHREIBER, Simone, op. cit., p. 388/389.

<sup>921</sup> *Ibid*, p. 390/391.

<sup>922</sup> NICOLITT, André, op. cit.



Embora SCHREIBER posicione o direito de resposta dentre as medidas restritivas da liberdade de imprensa, ainda que em grau reduzido,<sup>923</sup> não vemos como essa possibilidade de resposta ou retificação a uma determinada afirmação pode ser restritiva. Pelo contrário, ela amplia a possibilidade de manifestação do pensamento, criando espaço para que a pessoa afetada apresente sua perspectiva a respeito do fato em causa.

Em se tratando de presunção de inocência, o tipo de matéria que pode ser alvo de um pedido de resposta ou retificação provavelmente estará atrelado a um juízo paralelo condenatório ou a campanhas midiáticas prejudiciais ao suspeito ou acusado.

A propósito, o caráter altamente relevante do direito de resposta se mostra nas situações em que a abordagem midiática leva à audiência a falsa ideia de que o suspeito ou réu já está condenado ou a condenação é uma questão de tempo pela absoluta impossibilidade de absolvição. Nessa hipótese, a apresentação de uma versão contrária pode trazer a público a informação de que o meio de comunicação veiculou matéria com conteúdo falso.

O editorial do Estadão mencionado acima é um bom exemplo de como o proselitismo político, por exemplo, pode levar a uma confusão dos leitores e espectadores. A afirmativa concludente de que não havia outro resultado possível para o acusado a não ser a condenação transmitia a impressão de que a sentença condenatória era apenas uma formalidade, mas que o caso estava resolvido e o acusado era o responsável pelos fatos a ele imputados.

Dentro da perspectiva que apresentamos, o direito de resposta tem (ou pode ter) um salutar êxito não apenas na retificação da informação errônea ou falsamente transmitida, mas funcionar como um remédio constitucional adequado para exercer o necessário constrangimento dos meios de comunicação de massa, a fim de que se deixe evidente a necessidade do compromisso com uma liberdade de imprensa que, ainda quando proselitista e militante, respeite limites éticos e jurídicos.

Ademais, o direito de resposta pode contribuir para que esse transplante temporário do contraditório para a imprensa<sup>924</sup> fomente um necessário debate sobre direitos e garantias individuais, inclusive os processuais, que deveriam aproveitar a todos e não apenas a uma pequena parcela da população.

A medida de resposta ou retificação está agora prevista na Lei n.º 13.188/15. Considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social,

---

<sup>923</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 393 e ss.

<sup>924</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 394.

independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

Logo se vê que os juízos paralelos condenatórios poderão ser enfrentados desde que se insira a presunção de inocência em uma das restritas hipóteses prevista na lei, ou, alternativamente, como nos parece mais sensato, reconduza-se a ofensa ao princípio constitucional estabelecido no art. 5º, LVII, CF/88 e exija-se por isso os reparos necessários.<sup>925</sup>

Em todo caso, a medida possibilita que o ofendido dirija o pedido de resposta ou retificação diretamente ao veículo de comunicação social no prazo de 60 dias contados da data de publicação, divulgação ou transmissão da matéria ofensiva (art. 3º), resguardada a proporcionalidade na veiculação do conteúdo apresentado pelo requerente.

Se, em 7 dias contados do recebimento do pedido, o veículo de comunicação não adotar as providências cabíveis, surge interesse jurídico para a propositura da ação judicial que deverá ser instruída com a prova do agravo e o conteúdo da resposta ou retificação. O veículo de comunicação será demandado a explicar as razões de não publicação do pedido de resposta ou retificação em 24 horas e a apresentar contestação em até 3 dias. Convicto da verossimilhança

---

<sup>925</sup> Merece destaque o art. 9-1 do *Code Civil* francês, que desde 1993 conta com uma previsão bastante interessante a respeito da possibilidade de medidas judiciais tendentes à proteção da presunção de inocência. O texto começa por afirmar que todos tem direito à presunção de inocência e quando uma pessoa é, antes de qualquer condenação, apresentada publicamente como sendo culpada por fatos que constituam objeto de uma investigação ou de instrução judicial, o juiz pode, mesmo em caráter de urgência e provisoriamente, sem prejuízo da reparação dos danos sofridos, prescrever quaisquer medidas, tais com a inserção de uma retificação ou a difusão de um comunicado, com o fim de fazer cessar o atentado à presunção de inocência, tudo sob encargo da pessoa física ou jurídica responsável pelo dano. Trata-se, segundo LUCUCQ, de uma nítida relação entre juízos paralelos e presunção de inocência, além de traduzir o mecanismo mais importante para proteção da garantia mencionada. Sujeito protegido pela norma do art. 9.1 é aquele que está sob investigação ou sendo processado, de forma que, para invocar o preceito, é necessário que o órgão de comunicação tenha referido expressamente o procedimento em que está implicado o agente. A norma, entretanto, é paradoxal para LECUCQ por deixar a descoberto justamente as pessoas que não estão afetadas por um procedimento, mas podem ser alvo de manifestações de órgãos da mídia. Trata-se, nesse sentido, de proteger o presumido inocente, mas não o inocente. O autor refere ainda que a proteção abrange todo o procedimento até o momento da sentença definitiva. Assim, em caso de recurso defensivo da decisão condenatória, a proteção do art. 9.1 continua salvaguardando os interesses do indivíduo. Outra exigência é que a pessoa afetada tenha sido exposta publicamente como culpada, não admitindo proteção as mensagens confidenciais ou que de qualquer forma não tenham atingido projeção pública. Segundo o autor, a vontade do legislador foi proteger pessoas contra periodistas pouco dedicados ou desonestos, mas a norma pode ser oposta contra qualquer um que tenha, independentemente de sua condição, utilizado a imprensa escrita ou outro meio de comunicação para chegar com suas opiniões à audiência. Sobre o tema, V. LECUCQ, Olivier. *presunción de inocencia y juicios paralelos en francia*. in: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 79-97.

das alegações ou da ineficácia do provimento final, poderá o juiz determinar medida antecipatória a ser cumprida em até 10 dias da data do pedido de resposta ou retificação.

A autora ainda refere a possibilidade de restringir a publicidade do julgamento, a que já fizemos referência anteriormente e à hipótese de punições posteriores à publicação. No tópico anterior mencionamos algumas figuras típicas que podem ser aplicadas em determinados contextos.

Vale recordar aqui a proposta do art. 352 do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, apresentada por comissão presidida por Paulo Brossard e endossada, com reparos, por TORON:<sup>926</sup> Fazer em jornal, rádio, televisão, ou qualquer outro meio de comunicação, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo judicial, comentários, com o fim de constranger ou exercer pressão relativamente a declaração de testemunhas ou a decisão judicial: Pena: detenção de 3 meses a um ano. Independentemente da necessidade de ajustar-se um tipo penal dessa envergadura ao quadro normativo constitucional, a proposta sinalizava há mais de 30 anos para a necessidade de refletir sobre o problema dos juízos paralelos e campanhas midiáticas opressivas.

SCHREIBER<sup>927</sup> e NICOLITT<sup>928</sup> também defendem a possibilidade de proibição ou restrição de veiculação de matérias que revelem conteúdo de provas ilícitas.<sup>929</sup> O objetivo é justamente impedir que juízes e jurados tenham contato, mesmo que inadvertidamente, com elementos que possam contaminar o julgamento.

Por último, SCHREIBER ainda refere a possibilidade de proibir-se temporariamente a veiculação de determinadas matérias sobre um julgamento desde que: fique demonstrada a existência de campanha midiática pela condenação do réu, com potencial risco para o julgamento justo e imparcial; revele-se a estrita necessidade e idoneidade da medida; identifique-se quais as condutas vedadas e os respectivos destinatários.<sup>930</sup>

---

<sup>926</sup> TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 36, p. 257-272, out-dez. 2001. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>927</sup> SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400/401.

<sup>928</sup> NICOLITTI, André. Manual de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/3pz4SvM>. Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

<sup>929</sup> Exemplo em que ocorreu a proibição de veicular-se matéria contendo material decorrente de interceptações ilícitas envolvendo o então governador do Rio de Janeiro e candidato à Presidência da República pode ser encontrado na (Pet 2702 MC, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2002, DJ 19-09-2003 PP-00021 EMENT VOL-02124-04 PP-00804).

<sup>930</sup> SCHREIBER, Simone, op. cit., p. 402/403.

O tema, como visto, suscita fortes polêmicas. Não há pretensão nenhuma aqui de discutir as questões indenizatórias que circundam a eventual violação à presunção de inocência, mas é interessante se indagar se os critérios de dever geral de cuidado, dever geral de veracidade e dever geral de pertinência, utilizados pelo STJ como critérios de aferição do abuso do direito de informar,<sup>931</sup> podem auxiliar, pelo menos de forma provisória, no reconhecimento de posturas ofensivas ao direito-garantia fundamental de ser tratado como inocente.

Nesta última perspectiva, portanto, caberia examinar se o veículo de comunicação que emitiu um juízo paralelo condenatório ou é responsável por publicidade opressiva de forte inclinação condenatória, projetou, ao publicar a reportagem, as possíveis consequências identificáveis da divulgação (dever de cuidado); se a reportagem se limitou ao aspecto informativo ou optou por conjecturas, ilações, opiniões (dever de veracidade) e, por fim, qual o propósito da manifestação naquela determinada reportagem (dever de pertinência).

Como os prejuízos advindos de prejulgamentos podem ser tanto processuais quanto extraprocessuais é ampla a possibilidade de afastar-se do dever de cuidado exigido pela criteriolgia acima mencionada; ademais, manifestações que deem como certa a condenação ou que passem a ideia de que já fora definitivamente selada podem romper com o dever de veracidade; por outro lado, é difícil encontrar razões plausíveis a justificar a emissão prematura de juízos paralelos condenatórios, questão a ser avaliada sob o critério de dever de pertinência (afinal, qual o propósito de tais comentários?).

Claro que as medidas aqui elencadas não esgotam as sugestões na matéria nem tem a pretensão de exaurir todas as possibilidades de enfrentamento do problema. Multiplicam-se estratégias na proporção da criatividade dos pensadores e certamente muitas outras estão por vir.

De todo modo, a nosso ver, à parte as manifestações apelativas ou de caráter recomendatório,<sup>932</sup> medidas efetivas de concretização à presunção de inocência também em sua dimensão extraprocessual configuram obrigações a que o Estado brasileiro está submetido, não só em decorrência das características já assinaladas de direito-garantia fundamental de aplicabilidade imediata em sua dupla perspectiva, mas também porque o próprio art. 25.1 da

---

<sup>931</sup> (REsp 1382680/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 22/11/2013).

<sup>932</sup> Considerem-se aqui as manifestações que assinalam a necessidade de autocontenção por parte de jornalistas e periódicos, de cuidado com expressões utilizadas e preferência por verbos condicionais, pela criação de agências reguladoras, pelo controle efetivo por parte de leitores, espectadores, proporcionada por uma maturidade cívica e cultural, etc.

CADH obriga os Estados a disponibilizarem aos cidadãos um recurso efetivo para viabilizar o controle de atos que violem direitos humanos fundamentais.

Na linha da CORTE IDH, “*Un recurso judicial efectivo es, por consiguiente, aquel capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación*”.<sup>933</sup> A isso se soma o art. 5º, XXXV, da CF/88, com o incremento do princípio da inafastabilidade da jurisdição a operar tanto preventiva quanto repressivamente no que diz respeito à tutela de direitos.

---

<sup>933</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador**, parágrafo 136. Sentencia fondo, reparaciones y costas, de 05 de octubre de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3iqsa3B>. Acesso em: 26 jun 2020.

## 5. CONCLUSÃO

A presunção de inocência, tal como a apresentamos neste trabalho, é produto de reflexão que conjuga esforços doutrinários, reflexões jurisprudenciais em âmbito nacional, especialmente no STF, com o acréscimo do conteúdo normativo hoje presente no art. 8º, 2, CADH, no art. 14, 2 do PIDCP e nas decisões das CORTE IDH e do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

O resultado da primeira hipótese foi positivo e promissor. O conjunto de achados revelou uma gama de projeções do princípio da presunção de inocência, amparados em uma ideia-força de componente político e axiológico, incorporado à matriz constitucional e convencional, prevendo o direito-garantia aqui destacado como uma fonte de limites ao poder estatal.

Trata-se, em síntese e em primeiro lugar, de impor limites ao exercício do poder punitivo do Estado, vedando a antecipação de efeitos próprios da condenação penal, seja em forma de restrição de direitos ou de prejulgamentos endo e extraprocessuais; trata também de conter a atuação de agentes estatais que abusem de sua função pública ou da dignidade que nela se contém para prejudicar e violar a condição de inocente de terceiros; e, finalmente, admitir a possibilidade de que particulares também ofendem a presunção de inocência, oferecendo, em razão disso, remédios jurídicos aptos a enfrentar esse problema.

Em seu aspecto *endoprocessual*, a presunção de inocência destina-se aos agentes oficiais e significa uma regra de tratamento a exigir que o acusado não seja tratado como culpado nem como objeto do processo. As restrições de direitos do acusado devem pautar-se pela justificação fática e jurídica e pela legalidade, não sendo admitida qualquer prática que culmine na antecipação de um juízo de censurabilidade. Engloba os atos de investigação e todos os demais atos capazes de atingir o suspeito ou acusado durante o processo.

No *aspecto extraprocessual*, a presunção de inocência deve impedir os juízos antecipados de culpa sobre qualquer pessoa, sejam eles emitidos por autoridades públicas atuantes na investigação ou no processo ou pronunciados por outros agentes estatais (projeção vertical), podendo abranger, não sem polêmicas nesse caso, até mesmo os meios de comunicação que eventualmente não observem os ditames do princípio da inocência (projeção horizontal).

A presunção de inocência, segundo dissemos, exige incerteza quanto ao mérito do caso criminal e veda peremptoriamente os juízos prematuros de culpa sobre a pessoa imputada; exige previsibilidade enquanto respeito às regras do jogo legalmente estabelecidas, sem as quais a

proteção à inocência não passaria de um simulacro; serve de obstáculo a qualquer medida restritiva ou privativa de direitos que não seja estritamente orientada pela noção de excepcionalidade revestida de legalidade constitucional, na qual se incluem as medidas cautelares; impõe uma exigência constitucional e convencional de tratamento como um direito-garantia fundamental conferido à pessoa em respeito à sua condição de inocência.

Outra observação de suma importância diz respeito ao marco temporal estabelecido no art. 5º, LVII, CF/88. O que efetivamente se entropõe entre o fato criminoso e a pena correspondente ou à restrição de algum direito a título sancionatório é a sentença penal condenatória, cuja prolação tem como pressuposto a existência de um devido processo legal. A isso será então adicionado um elemento de previsão constitucional, que é justamente o marco temporal, a saber, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, o que define entre pena regularmente aplicada e pena antecipada é a existência de trânsito em julgado de uma sentença ou decisão de mérito da causa penal.

Em contextos jurídicos onde eventualmente o marco definitivo não tenha sido expressamente estabelecido em Lei como sendo o trânsito em julgado, a interpretação pode ajustar-se a essas peculiaridades. No caso brasileiro, entretanto, não parece possível apartar-se dos parâmetros constitucionais.

Para além dessa combinação mencionada entre a norma constitucional e a convencional, é necessário salientar que a própria noção de *sentença definitiva* para a CORTE IDH transmite conteúdo aparentemente muito similar ao brasileiro, ao vinculá-la ao esgotamento da jurisdição e, nos casos penais, abrangendo, inclusive, todo o processo com os recursos à instância superior.

A segunda hipótese levantada foi a de que existem dissonâncias significativas entre a leitura constitucional/convencional da presunção de inocência como norma de tratamento e a moldura jurídica em que se insere esse direito-garantia no âmbito de parcela da doutrina e nas práticas de investigação e de processos nacionais.

Esse descompasso entre uma perspectiva de amplitude do direito-garantia em estudo, em conformidade com a Constituição Federal, com a CADH e o PIDCP, e a compreensão de âmbito mais reduzido no plano nacional, seja em parcela significativa da doutrina, seja em massiva jurisprudência, aponta para efeitos práticos na investigação, no processo e no tratamento midiático dado a investigados e acusados.

O diagnóstico dessas descoincidências no plano *endoprocessual* permeou todo o Capítulo 3. Ao enfrentar os temas aí abordados, buscou-se apontar o que se tem oferecido em termos de compreensão de cada um dos fenômenos jurídicos discutidos. Em acréscimo, ofereceu-se uma proposta de solução dos eventuais descompassos por meio da leitura de cada

um dos temas a partir da lente constitucional e convencional da presunção de inocência. Afirmou-se, portanto, que:

*Primeiro*, a presunção de inocência é um critério delimitador das prisões preventivas e exige, no mínimo: a) que as prisões preventivas tenham finalidade exclusivamente processual, (instrumental) sendo inadmissíveis quaisquer pretensões de prevenção geral ou especial, positiva ou negativa, bem como retributiva; b) nenhuma prisão preventiva pode ser decretada ou mantida na ausência de elementos concretos que apontem para o perigo processual gerado pelo estado de liberdade do sujeito; c) nenhuma prisão preventiva deve ser decretada quando sua função de privação da liberdade extrapolar os limites e os efeitos indispensáveis à neutralização do perigo gerado pelo sujeito, ou quando a prisão for inapta a neutralizar essa situação de perigo;

*Segundo*, o excesso do prazo de prisão cautelar tem o inevitável inconveniente de transmutar uma prisão processual em um grave dano decorrente da natureza punitiva que assume essa segregação. Trata-se de uma questão que se conecta diretamente com o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao preso provisório e ao preso condenado definitivamente.

Como forma de superar esse problema, sugeriu-se adotar critérios que limitem o período de prisão processual, a fim de não permitir que prazos elasticizados transformem-se em punições antecipadas. A ideia de *inequivalência* parece oferecer um fundamento coerente para a distinção entre o tempo admissível de prisão processual (portanto, cautelar) e o tempo de uma execução de pena. Esse fundamento torna-se complementar ao critério legal sugerido. Acredita-se que no Brasil e no estágio atual seja suficiente a referência aos critérios objetivos do art. 112, LEP, tendo em vista que se trata a prisão cautelar de uma medida com efeitos similares ao cumprimento de pena em regime fechado. Entretanto, uma previsão legal específica sobre o tema pode ser ainda mais salutar.

Em síntese, o preso provisório deverá ser posto em liberdade caso transcorra período suficiente a que solicitasse progressão de regime, se estivesse cumprindo pena definitiva. Ademais, por força da presunção de inocência e da necessária distinção entre prisão processual e execução da pena, não se pode exigir nenhuma avaliação subjetiva ou impor condicionantes à concessão da liberdade que sejam próprias de cumprimento de pena.

*Terceiro*, diante do princípio multicitado torna-se obrigatória a separação entre os presos, sob pena de flagrante confusão entre as razões que os levaram à prisão e entre as finalidades pretendidas com a privação da liberdade. Nessa perspectiva, o art. 300, CPP, com a redação que lhe conferiu a Lei n.º 12.403/2011 mostra-se mais alinhado à tutela da condição de



inocente do preso preventivo do que a redação anterior do mesmo dispositivo que apenas aconselhava a separação. Ademais, segundo a CORTE IDH, não basta que os presos sejam alocados em celas separadas, mas que as próprias celas fiquem em seções ou estabelecimentos diferentes.

A colocação de preso não condenado definitivamente junto com presos que já cumprem pena traduz inegável constrangimento ilegal, devendo ser imediatamente reparado por meio da soltura do indivíduo ou, alternativamente, com restrição da liberdade por outro meio, como, por exemplo, uma prisão domiciliar.

*Quarto*, o princípio da presunção de inocência, direito-garantia fundamental que se estende até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impõe uma obrigatória distinção entre prisão processual e prisão penal. Assim, a prisão, qualquer que seja o momento em que ocorra, quando não decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, deve estar fundamentada no microssistema cautelar, sob pena de transgressão ao art. 5º, LVII, da CF/88. Por isso, não se admite, da perspectiva aqui apresentada, execução antecipada de pena criminal.

*Quinto*, afirmou-se que a presunção de inocência pode ser uma poderosa garantia contra o uso abusivo das medidas cautelares se for capaz de projetar-se como proibição de antecipação de tutela penal para além do mero discurso vazio e das frases de efeito utilizadas em decisões judiciais. Assim, apesar da prática corrente no Brasil, considera-se que medida cautelar que tenha a finalidade de evitar a prática de infrações criminais, como desdobramento da ideia de manutenção de ordem pública (evitar reiteração delitativa ou infrações penais em geral), viola frontalmente o princípio da presunção de inocência, e, portanto, é inconstitucional.

Atentou-se, entretanto, para o fato de que, em determinadas circunstâncias, o risco de cometimento de infrações penais pode confundir-se com um perigo processual gerado pelo estado de liberdade, principalmente quando envolve vítimas e testemunhas de um caso sob investigação ou em fase processual. Aqui, a depender da situação concreta, pode haver o reconhecimento de necessidade de acautelamento.

*Sexto*, foi dito que em matéria processual penal, ainda que o princípio da presunção de inocência possa ser desenvolvido com relativa autonomia, há de se admitir que pouco ou nada adiantaria que se o previsse como direito fundamental e, uma vez instaurado o processo, e em nome da eficiência do sistema penal, fossem autorizadas medidas de conteúdo propriamente punitivo (eventualmente até mais graves que a própria pena), manobras arbitrárias para coletas de elementos de investigação ou de provas que culminem na formação fraudulenta de culpa,

juízos prematuros sobre o mérito do caso, constrangimentos implícitos ou explícitos ao comportamento defensivo e à condição de inocente da pessoa acusada.

Abordaram-se aqui algumas práticas correntes ou pelo menos visíveis em casos mais específicos.

Refutou-se a utilização de algemas de forma generalizada. Trata-se de medida grave, que deve ser utilizada em hipóteses excepcionais, segundo critérios que busquem conferir objetividade e limites ao abuso e à exposição de pessoas presas. Também se refutou a possibilidade de condução coercitiva de pessoa investigada ou presa em qualquer hipótese. Na perspectiva aqui oferecida, o entendimento mais recente do STF sobre vedação de conduções coercitivas apenas em caso de interrogatório ainda é tímida. A vedação deve se estender aos demais atos previstos no mesmo art. 260 do CPP e de modo geral às pretensões de coagir alguém a atuar em seu próprio prejuízo.

Métodos capciosos, violentos, clandestinos, de obtenção de elementos e provas também ofendem o princípio de inocência. Em geral, essas medidas mencionadas são aparentemente unidas por uma racionalidade incriminatória que parte do pressuposto de culpabilidade do indivíduo. As garantias processuais são admitidas, porém como obstáculos sem os quais não haverá legitimidade na decisão condenatória, e por isso são com frequência tangenciadas em desprezo ao direito de defesa e à presunção de inocência por meio de formas abusivas de (tentativa de) demonstração daquela culpa presumida ou, ainda pior, mediante estratégias de constrangimento implícito ou explícito com o objetivo de desestimular a resistência do sujeito; estimulá-lo à colaboração forçada para formação de sua culpa ou, mesmo diante do reconhecimento da fragilidade das provas da acusação, as medidas abusivas servem para uma espécie de “punição processual” da pessoa investigada ou processada.

*Sétimo*, a identificação de juízos prematuros de culpabilidade que antecipam uma tomada de posição sem que o processo tenha chegado a ter o mérito decidido aponta para um esvaziamento do processo judicial diante do tratamento como culpado. Ao considerar o suspeito ou acusado como culpado de forma prematura viola-se a presunção de inocência em sua projeção como exigência constitucional de tratamento como inocente; em segundo lugar, à tomada de posição é comum seguir-se com possíveis aplicações de medidas cautelares ou desrespeito a outros direitos fundamentais; por fim, também fragiliza, quando não elimina, a legítima expectativa que o indivíduo poderia nutrir em relação à participação efetiva na construção da decisão judicial de mérito que desde o início do caso fica condicionada por pré-juízos inautênticos (tendência à condenação).

Assim, a análise do comportamento do órgão judicial em geral e do conteúdo das decisões judiciais deferidas tanto na fase de investigação quanto durante o processo judicial em particular, alcançando inclusive as instâncias recursais, pode levar à conclusão de que em determinados casos já se selou, antecipadamente, a culpa do indivíduo, circunstância em que haverá tomada de posição do representante judicial e rompimento com o dever de imparcialidade judicial.

No capítulo 4 o vetor de análise foi a perspectiva extraprocessual. A questão é que aqui o âmbito de aplicação estende-se para alcançar também destinatários que não estão atuando dentro da investigação ou do processo e tem uma projeção bastante significativa em direção aos pronunciamentos em meios de comunicação de massa, delimitando zonas de contenção aos chamados juízos paralelos condenatórios.

No primeiro tópico, mostrou-se que a presunção de inocência prevista no art. 8º, 2, da CADH e a interpretação que lhe dá a CORTE IDH exige do Estado e de seus agentes estatais um comprometimento de não condenar informalmente uma pessoa por meio da emissão de julgamentos antecipados perante a sociedade, sem que tenha havido uma responsabilidade criminal nos termos da lei. Isso significa dizer que o conteúdo das manifestações de agentes públicos não deve conter juízo de valor capaz de selar a culpa de alguém por crime (e mesmo contravenção penal) de que seja apenas suspeita ou acusada.

Como visto, há uma clara distinção entre o que é uma opinião ou uma manifestação que preserve a condição de inocente (suspeito) de uma pessoa e aquela que, ao contrário, exceda-se pelo juízo de valor acerca da responsabilidade penal de quem estiver implicado na investigação ou no processo.

Um segundo aspecto é justamente de âmbito temporal. O princípio em causa veda uma manifestação sobre a culpa de alguém que não tenha sido condenado. É importante acentuar aqui que as cortes internacionais corriqueiramente se referem “a não ser condenado nos termos da lei” ou a “culpa legalmente comprovada”. No Brasil, esse marco temporal exige trânsito em julgado da sentença condenatória e, portanto, antes disso, qualquer emissão de juízos incriminatórios extraprocessuais revela-se uma afronta à presunção de inocência.

Um terceiro elemento diz respeito ao espaço próprio de manifestação sobre a responsabilidade penal de uma pessoa. Como se sabe, é o devido processo legal o instrumento adequado para apurar e acertar a culpa de alguém pelo cometimento de um fato penal. Logo, a manifestação sobre esse quesito fundamental fora do processo refletirá a agressão ao princípio de inocência que tem no processo penal o legítimo espaço de questionamento e eventual afastamento (com a condenação).

Uma quarta diretriz dessa projeção diz respeito aos destinatários da norma de proibição que se encontra na presunção de inocência. Não cabe a ninguém, salvo os juízos competentes, resolver sobre a responsabilidade pelo cometimento de fato penal. Essa norma não impede que uma autoridade policial, no momento adequado, apresente os elementos que a levaram a um indiciamento, ou ao órgão ministerial apresentar uma denúncia ou pedir a condenação de um acusado nas alegações finais ou em recurso, por exemplo. Todavia, as autoridades públicas estão impedidas de prejudicar o resultado de uma investigação ou de um processo.

Nesse aspecto, a CORTE IDH tem sido mais reticente e tem limitado a abrangência do princípio às autoridades públicas, numa linha próxima a do TEDH. No entanto, na linha aqui defendida, a norma de proibição ventilada pode ter aplicação contra órgãos de imprensa, posto que, na condição de direito-garantia fundamental, o princípio deve projetar-se numa perspectiva objetiva e como reflexo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Hipótese, aliás, objeto de recomendação na Observação Geral n. 32 do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Ainda nessa toada, foi abordado o tópico da publicidade processual e o do direito à informação. Tentou-se demonstrar que, ao vedar a antecipação de juízos sobre a culpa de um suspeito ou acusado não se está imiscuindo na seara da publicidade processual, mas sim vedando uma prática que, a rigor, não condiz sequer com as prerrogativas e deveres legais dos agentes públicos envolvidos na investigação, na acusação e no julgamento de um fato penal. É que, em se tratando de devido processo legal, os atores estatais têm espaço e momento adequado para suas manifestações, especialmente quanto ao mérito do caso criminal.

As manifestações públicas em tom de prejudgamentos extraprocessuais, portanto, não traduzem, em hipótese alguma, cumprimento de dever legal de publicidade por parte dos agentes públicos. Antes, pelo contrário, são violações explícitas de um direito fundamental que orienta e fundamenta a própria existência do processo penal, a saber, a presunção de inocência.

Por isso mesmo, o vazamento de informações não é publicidade. Publicidade deve ser compreendida como uma prática revestida de legalidade e dos demais princípios norteadores da atividade estatal, que dentre tantas outras consequências, são incompatíveis com o fornecimento seletivo de informações de determinados casos criminais a determinados meios de comunicação. A única publicidade legal é a que se operacionaliza pelos meios legais e por formas transparentes de concretização.

Nesse contexto, os filtros seletivos realizados por agentes estatais para fornecimento de informações de investigações e de processos a canais de comunicação e a jornalistas específicos, principalmente quando mobilizados pela intenção de subsidiar discursos incriminadores contra pessoas, acabam por configurar formas dissimuladas de prejudgamentos

e revelam um comportamento deteriorado dos agentes envolvidos, culminando na efetiva suspeita, quando não certeza, de que estão inabilitados para atuar naquele caso específico.

Tendo o quadro aqui desenhado, a presunção de inocência como dimensão extraprocessual exige um tratamento adequado também por parte de órgãos de imprensa, reivindicando o direito que toda pessoa tem de ser tratada em notícias, reportagens, manifestações de opinião, como inocente, desde que, claro, esta seja sua condição em relação ao fato objeto da matéria publicada.

Sob esse enfoque, a garantia em estudo transmite juridicamente pelo menos duas incumbências ao órgão de imprensa:

Em primeiro lugar, tratar toda e qualquer pessoa como inocente quando ainda não condenada criminalmente de forma definitiva, evitando, portanto, prejulgamentos em forma de quaisquer abordagens de conteúdo que impliquem na afirmativa assertórica de culpa ou que reflitam de forma dissimulada uma inclinação tendente a condicionar a opinião pública nesse sentido (campanhas midiáticas por condenação).

Segundo, não ser conivente com práticas de agentes estatais que busquem, por meio da cumplicidade de meios de comunicação, introduzir versões acusatórias contra pessoas no espaço público das ideias mediante a seletiva liberação de informações prejudiciais a suspeitos e/ou acusados ou pela emissão definitiva de prejulgamentos.

Passo seguinte foram apresentadas algumas possibilidades de tratamento da questão, tendo como orientação o dever de proteção aos direitos de que é destinatário o próprio Estado.

Nesse tópico se teceram comentários acerca do art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade que incorpora à legislação brasileira um tipo penal voltado a criminalizar a conduta da atribuição antecipada de culpa. Mencionamos uma aparente insuficiência na proteção, que limita o tipo ao âmbito das investigações, deixando a descoberto a fase processual, além de limitar sensivelmente os destinatários da proibição apenas aos responsáveis pela investigação.

Os últimos dois tópicos buscaram apresentar algumas previsões legais que podem contribuir para a contenção dos efeitos oriundos dos juízos paralelos condenatórios e das campanhas midiáticas de apelo condenatório normalmente abastecidas com vazamentos seletivos de informações, além de providências judiciais que sejam aptas a reduzir ou suprimir os danos daí decorrentes.

A trajetória percorrida nos capítulos 3 e 4 permite afirmar, em resposta à segunda hipótese, que há notáveis divergências entre o conteúdo da presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento e práticas comuns adotadas tanto por

agentes estatais durante investigações e processos penais, quanto por veículos de comunicação no Brasil.

Finalmente, pode-se dizer que a presunção de inocência é um direito-garantia de estatura constitucional e convencional, cuja concretização, no entanto, submete-se aos fluxos diversos, ideológicos, jurídicos, políticos, científicos, que se revelam nas posturas doutrinárias e jurisprudências referentes ao tema.

Embora seja difícil ver alguém refutando completamente sua existência, o conteúdo eficaz e o espectro de abrangência são ainda muito controvertidos, principalmente no que diz respeito à aplicação autômata de previsões legais à margem de um necessário controle de constitucionalidade e convencionalidade que introduza a presunção de inocência como parâmetro de análise.

O incremento de soluções interpretativas, legais e judiciais, que ampliem o direito-garantia analisado parece amparado pelo conjunto de diretrizes aqui apresentado. Em todo caso, é pressuposto de qualquer delas uma apropriação do conteúdo das normas constitucionais e internacionais sobre o tema e de como elas podem, combinadamente, dar efetiva proteção aos inocentes.

A isso, soma-se uma dificuldade que deve orientar reflexões profundas sobre o tema. Tornou-se claro que a presunção de inocência tal como a apresentamos está indiscutivelmente correlacionada com o devido processo penal enquanto projeção de conflito judicial no meio mais tradicionalmente conhecido, o processo penal com acusação, defesa e uma decisão judicial que resolva o caso criminal.

Mas a previsão de um devido processo legal como instrumento tradicional de apuração do fato e da autoria para a conseqüente aplicação da pena (*nula poena sino iudicio*) já não parece suficiente para enfrentar os desafios impostos pela adesão expansiva de modelos de justiça negociada.

As tendências que já se estendiam desde a introdução dos mecanismos de transação penal e de suspensão condicional do processo ganharam ainda mais relevo com a utilização sistemática e amplamente reiterada da assim chamada colaboração premiada e agora com a recente lei n.º 13.964/19 permitindo acordos de não persecução penal.

Essa evidente distinção entre a pena aplicada por meio de um processo e a negociação (entre órgão acusador e suspeito/acusado) acerca das condições para cumprimento de sanções (premiais) que podem culminar, inclusive, no impedimento do próprio início do processo penal, forjam um cenário de potencial desequilíbrio tanto do ponto de vista jurídico, quanto conceitual/doutrinário, e coloca em xeque inclusive a possibilidade de que o estado de inocência

seja efetivamente um direito-garantia com estatura suficiente para proteger os cidadãos suspeitos ou acusados do cometimento de infrações penais.

Enquanto direito-garantia fundamental em âmbito formal, a inocência continua sob moldura jurídica exigível, mas no aspecto material, aqui entendida como prática institucional de respeito ao cidadão e à sua condição de inocente superável, sempre de forma parcial, somente pelo resultado condenatório do devido processo legal com todas as garantias fundamentais, a prerrogativa insculpida no art. 5º, LVII, CF/88, pode se tornar cada vez mais anódina e contornável pelos inúmeros modelos de negociação postos à disposição dos agentes do Estado.

De fato, as tendências negociais que se avolumam como modelo processual alternativo de pretensões majoritárias no Brasil impõem pensar se a presunção de inocência ainda pode ser o elemento nuclear de proteção no âmbito de uma justiça negociada e quais serão as possíveis novas fórmulas de garantia desse direito fundamental num cenário de irresistível avanço das práticas de acordo na esfera processual penal.

Caso a tutela da inocência ainda seja, mesmo que de forma tímida, incorporada aos modelos resultantes das tendências de informalização processual, torna-se necessário repensar a estrutura desse direito-garantia aqui discutido.

A redução da importância do processo penal por meio da reserva para casos cada vez mais diminutos exige uma equivalente reformulação da fase investigativa com delineamento mais rígido e com exigências formais que garantam alguma segurança aos investigados e alguma possibilidade de obter resultados favoráveis nas negociações e salvaguardar o respeito mínimo à condição de inocente.

Com isso, diríamos então que a presunção de inocência, mais do que nunca, deverá fundamentar e orientar a atuação investigativa, incorporando a essa fase até então basicamente policial, uma participação mais efetiva da defesa, inclusive, com a possibilidade de participar na produção e coleta de elementos probatórios. Mas isso já é outra história e assunto para outras pesquisas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**A construção do art. 5º da Constituição de 1988.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara 2013. (Série Obras comemorativas, homenagem n.º 9).

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2. ed. [S.l.]: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

ALVES, Schirlei. Julgamento de *influencer* Mariana Ferrer termina com tese inédita de “estupro culposo” e advogado humilhando jovem. **The Intercept Brasil**, 03 nov. 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em 02 fev. 2021.

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ANTUNES, M. J., et al. **Direito penal e constituição**. Diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

ANDRADE, Fábio Martins de. A influência dos órgãos da mídia no processo penal: o caso Nardoni. **Revista dos Tribunais**, v. 889, p. 480-505, nov. 2009. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 03 fev. 2021.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARGENTINA. **Ley n.º 24.660, de 19 de junio de 1996**. (Ley de Ejecución de la pena privativa de libertad). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 1996. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>. Acesso em 21 set. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias**, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/36u5T2y>. Acesso em 20 ago. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/3l9Dz9s>. Consulta em Base de Dados RT *on line* mediante assinatura. Acesso 04 ago. 2020.

BADARÓ, Gustavo. **Ainda e sempre a presunção de inocência: sobre a equivocada alegação de não se valoração de provas em recurso especial e extraordinário**. Disponível em: <https://bit.ly/3lcmEU7>.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: Em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. Brasília, TJDF, 2015.



BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

BATIA, Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato: Saggio storico-concettuale. In: PAULESU, Pier Paolo. **La Presunzione d'innocenza dell'imputato**. Torino: Giappicheli, 2009. Disponível em: <https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo/SP, v. 42, p. 242-263, jan-mar. 2003. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT on line mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**. Apreciação dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e de Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulações**. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno - séculos XVII e XVIII**. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, v. 1, 1977.

BAUMER, Franklin L. **O pensamento moderno europeu - séculos XIX e XX**. Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1977.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e dele pene**. Con il commento di VOLTAIRE. Roma: Newton Compton Editori, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Capítulo XII. Da questão da tortura. *E-book*. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=4358](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4358).

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, 2018, Vol.4(1), pp.149-182. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/6>.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. La lógica y los valores en el Derecho penal. Las ideologías políticas en el Derecho penal. Buenos Aires: Hamurabi, 1995.

BINDER, Alberto M. **La reforma de la Justicia Penal**: entre el corto y el largo plazo. In: Reforma de la Justicia Penal em América Latina.

BINDER, Alberto. M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2. Ed. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTTINO, Tiago. **Panaceia universal ou Remédio Constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores**. Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil do Ministério da Justiça. Disponível em [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago\\_55\\_finalizada\\_web.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/06/thiago_55_finalizada_web.pdf). Acesso em 12.10.20.

BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia. Ciencias penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, n. 23, p. 11-29., nov. 2005. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=63220](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=63220).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição Federal**. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 107 de 02/07/2020. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://constituicao-compilado.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL nº 8045, de 2010**. (Novo Código de Processo Penal). Autoria do Senador José Sarney (PMDB/AP). Disponível em: Portal da Câmara dos Deputados ([camara.leg.br](http://camara.leg.br)). Acesso em 18 fev. 2021.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Relatórios de Estatísticas: Pessoas Privadas de Liberdade**. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Consulta em 11 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. (Código Penal). Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [DEL2848compilado \(planalto.gov.br\)](http://del2848compilado.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. (Código de Processo Penal). Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: [Del3689Compilado \(planalto.gov.br\)](http://del3689compilado.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35**, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: [Lcp35 \(planalto.gov.br\)](http://lcp35.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [Lcp75 \(planalto.gov.br\)](http://lcp75.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Lei de Drogas). Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://lei11343.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. (Código de Processo Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [L13105 \(planalto.gov.br\)](http://l13105.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. (Lei Geral de Proteção de Dados). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [L13709 \(planalto.gov.br\)](http://l13709.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal (Pacote Anticrime). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [L13964 \(planalto.gov.br\)](http://l13964.planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: L7210 (planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: L8625 (planalto.gov.br). Acesso em 14 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Outros Painéis interativos**. <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes>. Acesso em 11 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 58813 – São Paulo**. Relator(a): Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Hamilton Carvalhido. SEXTA TURMA, julgado em 29/06/2006, DJ 04/12/2006, p. 383. Disponível em: <http://bit.ly/3dxSji3>. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1215294 – São Paulo**. Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 11/02/2014. Disponível em: <https://bit.ly/3dxSji3>. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1382680 – Santa Catarina**. Relator(a): Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 22/11/2013). Disponível em: <http://bit.ly/3aDeeCC>. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. **Diário da Justiça**: Brasília, 12 dez. 1990. Disponível em: SumulasSTJ.pdf. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 347. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. **Diário da Justiça**: Brasília, 29 out. 2008. Disponível em: SumulasSTJ.pdf. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. **Diário da Justiça**: Brasília, 24 set. 1992. Disponível em: SumulasSTJ.pdf. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Declaratória de Inconstitucionalidade 4736**. Relator(a): Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 25-11-2019 PUBLIC 26-11-2019. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 – Distrito Federal**. Relator(a): Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3112 – Distrito Federal**. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT

VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4911 – Distrito Federal**. Relator(a): Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-285 DIVULG 02-12-2020 PUBLIC 03-12-2020. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 964246 – Rio Grande do Norte**. Relator(a): Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016) Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 1216799 - Paraná**. Relator(a): Rosa Weber. Primeira Turma, julgado em 06/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 14-04-2020 PUBLIC 15-04-2020). Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 876980 – Paraná**. Relator(a): Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 12-05-2015 PUBLIC 13-05-2015). Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário 723284 – Rio Grande do Sul**. Relator(a): Dias Toffoli. Primeira Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 22-10-2013 PUBLIC 23-10-2013). Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144 – Distrito Federal**. Relator(a): Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215-01 PP-00031. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 444 – Distrito Federal**. Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019. Disponível: Pesquisa de jurisprudência - STF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 – Distrito Federal**. Relator(a): Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104339 – São Paulo**. Relator(a): Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126292 – São Paulo**. Relator(a): Teori Zavascki. Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118). Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 68726**. Relator(a): Néri da Silveira. (HC 68726, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209). Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69696 – São Paulo**. Relator(a): Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 01-10-1993 PP-20213 EMENT VOL-01719-02 PP-00187. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72366 – São Paulo**. Relator(a): Néri da Silveira. (HC 72366, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995, DJ 26-11-1999 PP-00084 EMENT VOL-01973-01 PP-00154). Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 80717 – São Paulo**. Relator(a): Sepúlveda Pertence, Relator(a) p/ Acórdão: Ellen Gracie. Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2001, DJ 05-03-2004 PP-00020 EMENT VOL-02142-05 PP-00707). Disponível em: <https://bit.ly/2Zo3Ms1>. Acesso em 16 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82812 – Paraná**. Relator(a): Carlos Velloso. Segunda Turma, julgado em 03/06/2003, DJ 27-06-2003 PP-00044 EMENT VOL-02116-04 PP-00654. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84078 – Minas Gerais**. Relator(a): Eros Grau. Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048) Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 89429 – Rondônia**. Relatora: Carmen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 02-02-2007 PP-00114 EMENT VOL-02262-05 PP-00920 RTJ VOL-00200-01 PP-00150 RDDDT n. 139, 2007, p. 240. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91952 – São Paulo**. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-04 PP-00850 RTJ VOL-00208-01 PP-00257. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Petição 2702 – Rio de Janeiro**. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2002, DJ 19-09-2003 PP-00021 EMENT VOL-02124-04 PP-00804). Disponível em: <http://bit.ly/3aEiyBq>. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 2391 – Paraná**. Relator(a): Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2005, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-01 PP-00171. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1038925 – São Paulo**. Relator(a): Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-212 DIVULG 18-09-2017 PUBLIC 19-09-2017. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 482006 – Minas Gerais**. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402). Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593818 – Santa Catarina**. Relator(a): Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-277 DIVULG 20-11-2020 PUBLIC 23-11-2020. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 86297 – São Paulo**. Relator(a): Thompson Flores. Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1976, DJ 26-11-1976 PP-10206 EMENT VOL-01044-03 PP-00579 RTJ VOL-00079-02 PP-00671. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. **Diário da Justiça**: Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. **Diário da Justiça**: Brasília, 09 out. 2003. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. **Diário da Justiça**: Brasília, nº 157, p. 1, 22 ago. 2008. Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de liminar 1395 – São Paulo**. Relator(a): LUIZ FUX (Presidente). Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021). Disponível em: Pesquisa de jurisprudência - STF. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 45232 – Guanabara**. Relator: Themístocles Cavalvanti, 21 de fevereiro de 1968. RTJ 044/322. Disponível em: 044\_2.pdf (stf.jus.br). Acesso em: 20 ago. 2020.

BRAVO, Gabriela. Derecho a la información y populismo mediático. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (coord). **La presunción de inocencia y los juicios paralelos**. Madrid: La Ley, 2012, p. 39-68.

BRITO, Daniel. Justiça por Miguel. **Change.org**, 2020. Disponível em: <http://bit.ly/3aAJjXF>. Acesso em 05 jan. 2021.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Diário, 1857.

BULOS, Uadi. Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição do Brasil de 1988 – Instrumento de proteção das diferenças entre o direito e política. IN: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo. **Assembleia Nacional Constituinte**. Análise crítica. São Paulo: Saraiva, 2017 (Série IDP: constitucionalismo brasileiro).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. Anotada. Arts. 1º ao 107. Coimbra: Coimbra, 2007, v. 1, p. 518; JARDIM. Afrânio Silva. **Direito Processual penal**. 11º ed. Rio de Janeiro: Forense 2007.
- CARILLO, Marc. Los juicios paralelos en el derecho comparado: el caso de España. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero, 2017. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 57-78.
- CARRARA, Francesco. **Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale**. Bologna: Il Mulino, 2004.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARVALHO, José Murilo de. Fim de experimento democrático. In: 130 anos: **Em busca da república**. BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo; FALCÃO, Joaquim; TRINDADE, Marcelo; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon (org). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580884>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6º ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: Comentários consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, vol. 1.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- Cidade Alerta Record, 22 set. 2020 (39:59). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=OqP2\\_Zzvoi0](https://www.youtube.com/watch?v=OqP2_Zzvoi0). Acesso em 13 jan. 2021.



COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas para reduzir a prisão preventiva**. 2017. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CorteIDH/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em 05 mai. 2020.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (Brasil). **Relatório final da Comissão Nacional da Verdade**. Parte II: As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos. Órgãos e procedimentos da repressão política (capítulo 4). Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:641156>.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, 04 de novembro de 1950. (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/9261299>. Acesso em 18 fev. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 09 de março de 2016. (Reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 11 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Monitoramento CNJ** (Brasília, DF). Informações coletadas entre 13 e 20 de abril (Edição 1) e Informações coletadas entre 19 e 29 de maio (Edição 2). 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/monitoramento-cnj/>. Acesso em 14 out. 2020.

COPETTI, André. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013.

Correio do Povo play, 08 jan. 2018 (3:26). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DWhuRv0551g>. Acesso em 13 jan. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 22 de noviembre de 2005. Párrafos 167-168. Disponível em: <https://www.qwant.com/?q=caso+palamara+iribarne+vs.+chile&client=ext-firefox-sb>. Acesso 05 fev. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Barreto Leiva vs Venezuela**. Sentença de mérito, reparações e custas, 17 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>. Acesso em 27 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Bayarri vs Argentina**. Sentença de mérito, reparações e custas e exceções preliminares, 30 de outubro de 2008. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_187\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf). Acesso em 27 jun 2020.



COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Brewer Carías vs Venezuela**. Excepciones preliminares, 26 de mayo de 2014, Serie C, número 278. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_278\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf). Acesso 05 fev. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**. Sentença de exceção preliminar, fundo, reparações e custas, 05 de agosto de 2008. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf). Acesso em 23 set. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México**. Sentença de 26 novembro de 2010. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas). Disponível em: <https://bit.ly/3nbwTJZ>. Acesso em: 26 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Norín Catrیمان y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs Chile**. Sentença de 29 de maio de 2014, mérito, reparações e custas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/142788b09442cde14d1b005c1920ccc0.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguai**. Sentença de mérito, reparações e custas, 31 de agosto de 2004. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf). Acesso em: 26 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador**, parágrafo 136. Sentencia fondo, reparaciones y costas, de 05 de octubre de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3iqsa3B>. Acesso em: 26 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Suárez Rosero vs Ecuador**. Sentença de mérito, 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>. Acesso em: 26 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Yvon Neptune vs. Haití**. Sentencia de 6 mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_180\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf). Acesso em 20 out. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **J. vs Peru**. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=caso+j+vs+peru>. Acesso em: 26 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **López Álvarez vs. Honduras**. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm., 141, párrafos 142. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf). Acesso 21 ago. 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Lori Berenson Mejía vs Peru**. Sentença fundo, reparações e custas, 25 de novembro de 2004. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Caso+Lori+Berenson+Mej%C3%ADa+Vs.+Per%C3%BA>. Acesso em: 26 jun 2020.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Tibi vs. Ecuador**. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em 20 out. 2020.

COSTA, José Francisco de Faria. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)**. Introdução – A doutrina geral da infração [a ordenação fundamental da conduta

(facto) punível; a conduta típica (o tipo); a conduta ilícita (o ilícito)]. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Empório do Direito, 2015. **O papel do juiz no novo processo penal**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em 23 set. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, jul/set 2009, pp. 103-115.

CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão cautelar**: Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. rev. atual. amp. Salvador: Juspodivm, 2020.

D'ALBORA, Francisco J. **Código procesal penal de la Nación**. 7 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

DAVID, Décio Franco David; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, 2018, pp. 1143-1174.

DELMANTO JR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:660256>. Acesso em 03 out. 2020.

DEZEM Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6º. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. *E-book*: Disponível em: <https://tmsnrt.rs/33KpIkN>. Consulta em base de dados RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 09 out. 2020.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**. Questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Parte Geral. Tomo I. Coimbra e Revista dos Tribunais: 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Processual Penal**. 1 ed. Coimbra: Editora, 1974, reimpressão 2003, p. 212.

DIETER, Maurício Stegemann. Breve taxionomia da argumentação inconstitucional. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 326, p. 3-4, jan.. 2020. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=155556](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155556).

DOTTI, René Ariel. Identificação criminal e estado de inocência. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, 19/20, p. 54-59., jul./dez. 1975. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=20491](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=20491). Acesso em: 11 ago. 2019.

DOTTI, René Ariel. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**. A nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta. 2. ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

DUCE, Mauricio J.; FUENTES, Claudio J.; RIEGO, Cristián R. La reforma procesal penal em América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: **Prisión preventiva e reforma processual penal en América Latina**: Evaluación e perspectivas. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2009. Disponível: <https://bit.ly/36QIRb>. Acesso em 03 out. 2020.

ENTERÍA, Eduardo García. Constituição como norma. In: CLÈVE, Clêmeron Merlin; BARROSO, Luis Roberto. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

Escola Base – 20 anos depois (Caminhos da Reportagem, TV Brasil), publicado por TV Brasil, 07 nov. 2014 (50:39). Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/escola-base-20-anos-depois>. Acesso em 13 jan. 2021.

ESPAÑA. **Real Decreto de 14 septiembre de 1882**. (Ley de Enjuiciamiento Criminal). Madrid: Gobierno de España, 1882. Disponível em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em 19 out. 2020.

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 2, 2018, pp. 709-730. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/issue/view/7>. Acesso em 02 set. 2020.

FALCÃO, Joaquim. A pirâmide de duas cabeças. In: 130 anos: **Em busca da república**. BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo; FALCÃO, Joaquim; TRINDADE, Marcelo; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon (org). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. Moro aciona STF contra decisão que permitiu a Lula ter acesso a mensagens da Operação Spoofing. **G1**. Brasília, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/02/04/moro-aciona-stf-contradecisao-que-permitiu-a-lula-ter-acesso-a-mensagens-da-operacao-spoofing.ghtml>. Acesso em 04 fev. 2021.

FENOLL, Jordi Nieva. **La razón de ser de la presunción de inocência**. Revista para Análisis del derecho. 2016. Disponível em: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/38809>.

FERES JR, João. Cerco midiático: O lugar da esquerda na esfera “publicada”. **Friedrich Ebert Stiftung**, São Paulo, out. 2020. Disponível em: <https://brasil.fes.de/detalhe/cerco-midiatico-o-lugar-da-esquerda-na-esfera-publicada>. Acesso em 20 dez. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4º ed. trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRI, Enrico. **Studi sulla criminalità**. 2. ed. Riveduta e molto aumentata. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FIORAVANTI, Maurício. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Penal (integral)?**; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fabio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador, Juspodivm, 2010.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016 (comentários ao art. 637, tópico 637.1.1 denominado Posicionamento de Douglas Fischer).

FRAILE, Francisco Díaz. **La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva**. Crítica del Derecho español vigente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

FRANCE. **Code Civil**. Paris: République Française, 1804. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721?init=true&page=1&query=code+civil&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721?init=true&page=1&query=code+civil&searchField=ALL&tab_selection=all). Acesso em 21 fev. 2021.

FRANCE. **Code Pénal**. Paris: République Française, 1994. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070719?init=true&page=1&query=code+penal+&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719?init=true&page=1&query=code+penal+&searchField=ALL&tab_selection=all). Acesso em 21 fev. 2021.

FRANCE. Cour Européene des Droits de L'Homme. **Affaire Gutsanovi v. Bulgarie** (Requête n.º 34529/10 Arrêt). Disponível em: <https://bit.ly/3qwE5SD>. Acesso 22 ago. 2020.

FRANCE. Cour Européene des Droits de L'Homme. **Affaire Matijasevic c. Serbie** (Requête n.º 23037/04 Arrêt). Disponível em: <http://bit.ly/3q3kpV0>. Acesso 22 ago. 2020

FRANCE. Cour Européenne des droits de L'homme. **Affaire Allenet de Ribemont c. France** (Requête n.º 15175/89). Arrêt, 10 février 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3p1ApaI>. Acesso em 2 jul 2020.

FRENCH. European Court of Human Rights. **Case of A. Norway** (application n.º 28070/06). Judgment, 09 april 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2UyHba0>. Acesso em 2 jul 2020.

FRENCH. European Court of Human Rights. **Case of Agapov v. Russia** (Application n.º 52464/15 judgment). Disponível em: <http://bit.ly/3pyiCqK>. Acesso em 18 fev. 2021.

FRENCH. European Court of Human Rights. **Case of Danov v. Bulgaria** (Application n.º 56796/00 judgment). Disponível em: <https://bit.ly/2VKhbJq>. Acesso 22 ago. 2020.

FRENCH. European Court of Human Rights. **Case of Nesták v. Slovakia**. (Application no. 65559/01). Judgment, 27 february 2007. Disponível em: <http://bit.ly/3r2rWVb>. Acesso em 2 jul 2020.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar**. A escola do mundo ao avesso. São Paulo: L&PM, 1999.

GAROFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 41, p. 1168-1200, 1998. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=24308](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=24308). Acesso em: 11 fev. 2021.

GAU-CABEE, Caroline. Presse et justice : qu'en est-il de la présomption d'innocence? In : **Histoire des justices en Europe - 1 : Valeurs, représentations, symboles** Publications numériques Dikè / CTHDIP. pp. 195-207. Disponível em: <http://publications.ut-capitole.fr/23283/>. Acesso 20 jan. 2021.

GHIARA, Aldo. Presunzione di innocenza, presunzione di 'non colpevolezza' e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 17, n. 1, p. 72-101, jan./mar.. 1974. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=124935](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124935).

GIACOMOLLI, Nereu José. Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do Código de Processo Penal Brasileiro. In: GONZÁLEZ,

Leonel (org.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago do Chile: CEJA, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais**: Nova formatação a partir de 2020. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José; Maya, André Machado. As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do código de processo penal brasileiro e a realidade latino-americana. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 14, p. 177-207, jan.-abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3iX3YGk>. Acesso em: 11 out. 2020.

GIL, Pedro Ortego. *Innocentia praesumpta*: absoluciones en el antiguo Régimen. **Cuadernos de Historia del derecho. Revista del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**, 2003, n. 10, pp. 71-125. Disponível em: <http://bit.ly/2ZdltdH>. Acesso em 10 out. 2020.

GISBERT, Rafael bustos. Juicios paralelos y presunción de inocencia em la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. v. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, 2015, nov-dez, pp. 263-286.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. Execução penal e jurisdicionalidade: as promessas incumpridas da Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 145, p. 319-366, p. 3, jul. 2018.

GOLDSMICHDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. II, 1961, p. 110.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal**. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 23, p. 3., nov. 1994. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=13608](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13608)>. Acesso em: 7 mar. 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão processual na Lei 12.403, de 2011. In: LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (org). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartien Latin, 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coord). **Código de processo penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters

Brasil, 2019, comentários ao art. 3º. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/34zCrWj>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (org). **Doutrinas Essenciais**. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal**: As distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O uso de algemas deve ser incentivado e não reprimido**. Revista eletrônica Consultor Jurídico. CONJUR. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-out-14/uso\\_algemas\\_incentivado\\_nao\\_reprimido](https://www.conjur.com.br/2006-out-14/uso_algemas_incentivado_nao_reprimido). Acesso em 14 set. 2020.

GOMES, William Akerman. Principais temas abordados e fundamentos das ordens concedidas. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; NUNES, Mariana Madeira; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Vasconcellos (org). **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. *E-book*: Disponível em: <https://bit.ly/33OfwXV>. Acesso em 11 out. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. Com colaboração de João Daniel Rassi). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581238>. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 14 ago. 2020.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Coisa julgada penal. In: ANDRADE, Manuel Costa; ANTUNES, Maria João. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias**, v. 3, 2009.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier. Juicios paralelos y proceso penal: razones para una necesaria intervención legislativa. **Revista Aranzadi de derecho y proceso penal**, Navarra, n. 3, p. 117-131, 2000. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=59685](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=59685). Acesso em: 19 nov. 2020.

HERNÁNDEZ, Jesús María Casal. Derecho a la libertad personal. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.

HERVIEU, Benoît. O país dos trinta Berlusconi. **Repórteres sem Fronteiras**. Brasil, 2013. Disponível em: [file:///C:/Users/roger/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/rsf\\_bresil\\_por.pdf](file:///C:/Users/roger/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/rsf_bresil_por.pdf). Acesso em 20 fev. 2021.

HUERTA, Gabriela Rodríguez. Normas de interpretación. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. **Cuadernos de derecho judicial**. España, 1996, n. 18, p. 13-46. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=556863>. Acesso 20 ago. 2020.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979.

ILLUMINATI, Giulio; CAPPARELLI, Bruna. O processo penal como “direito constitucional aplicado”. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Direito penal e política criminal**. Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCCrim/PUCRS; II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal; XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS. PUCRS, 2015, Porto Alegre, pp. 35/48.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência 2020**. Brasil. (2020). Brasília: IPEA, 2020, p. 11. Disponível em: <https://ipea.gov.br/atlasviolencia/>. Acesso em 10 out. 2020.

ITALIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n.º 265/2010**. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Redattore: Frigo, 7 de luglio di 2010. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 08 out. 20.

ITALIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n.º 299/2005**. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Redattore: Neppi Modona, 7 de luglio di 2005. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 29 nov. 20.

ITALIA. **D.P.R nº 447, de 22 de settembre 1988**. (Codice de Procedura Penale). Redazione Altalex. 1988. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em 12 out. 2020.

JARDIM Afranio Silva. **Direto processual penal**. rev. atual. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JARDIM, Afranio Silva. **Execução provisória da pena de prisão no processo penal. Nosso atual entendimento**. Empório do Direito. 2018. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/execucao-provisoria-da-pena-de-prisao-no-processo-penal-nosso-atual-entendimento>. Acesso em 18 out. 2020.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**, contendo a doutrina do Direito e a doutrina da Virtude. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2003.

LECUCQ, Olivier. presunción de inocencia y juicios paralelos en francia. in: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 79-97.

LEONE, Giovane. **Tratado de derecho procesal penal**. Doctrinas generales. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1963.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Volume único. Niterói: Impetus, 2013.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**. Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:646824>. Consulta em base de dados mediante assinatura.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**: De acordo com as Leis n.º 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LOPES Jr, Aury. **Fundamentos do processo penal**. Introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620101>. Consulta em Base de Dados Saraiva Juro *on line* mediante assinatura. Acesso em 10 jul. 2020.

LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer a pedido de Maria Cláudia Seixas para utilização nos Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP, 2016.

LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORA, Deise H. K. **Subjetividade e imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 193. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773081>. Acesso em 23 set. 2020.

LUCIANI, Massimo. La presunción de no culpabilidad y los “procesos paralelos” celebrados ante la opinión pública. In: PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, P. 97-114.

LUÑO Antonio E. Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

LUZ, Denise; GIACOMOLLI, Nereu José. Vinculação dos órgãos da imprensa ao estado de inocência. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí/SC, v. 23, n.º 1, p. 6-34, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12783>. Acesso em 24 dez. 2020.

MACHADO, Roger. Captação pública e privada de imagem e de som e os reflexos no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Tamara M. da. **Processo penal contemporâneo em debate**. Curitiba: Brazil Publishing, 2020, v. 5, p. 127-161.

MACIÁ-BARBER, Carlos; GALVÁN-ARIAS, María-Ángeles. Presunción de inocencia y deontología periodística: el ‘caso Aitana’. **Revista Latina de Comunicación Social**, La Laguna (Tenerife), n. 67, pp. 362-393, año 2012. Disponível em: [http://www.revistalatinacs.org/067/art/960\\_Getafe/16\\_Macia.html](http://www.revistalatinacs.org/067/art/960_Getafe/16_Macia.html). Acesso 12 out. 2020.

MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR; Antonio Pedro; MALAN, Diogo; BARROS, Victoria-Amália de; SULOCKI, Carvalho Gozdawa de. **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MANZINI, Vincenzo. **Manuale de Procedura Penale**. Italiana. Milano: Fratelli Bocca, 1912.

MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. **A nova lei de abuso de autoridade**. Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Consulta em base de dados *on line* da RT. Disponível em: <https://bit.ly/3ideo5L>. Acesso em 14 jan. 2021.

MAZZA, Oliviero. **Una deludente proposta in tema di presunzione d’innocenza**. Archivio penale. N. 3. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7014033>.



- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07GBGMYYK>. Acesso em 18 fev. 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER Luiz Rodrigues (org). **Doutrinas essenciais**. Processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.6.
- MORETZSOHN, Sylvia. **Jornalismo em tempo real: o fetiche da velocidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a operação *mani pulite***. Brasília: R. CEJ, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-manipulite.pdf>. Acesso 31 ago. 2020.
- MUÑOZ, Jaime Campaner. **Publicidad y secreto del proceso penal en la sociedad de la información**. Madrid: Dykinson, 2019.
- NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: Prisão e demais medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://bit.ly/34uwmdv>. Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso 29 ago. 2020.
- NICOLITTI, André. **Manual de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://bit.ly/3pz4SvM>. Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.
- Nota de Posicionamento da ONU**, de 31 de março de 2020. Organização das Nações Unidas. 2020. Disponível em: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC\\_Nota\\_de\\_Posicionamento\\_-\\_COVID\\_19\\_Virus.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Nota_de_Posicionamento_-_COVID_19_Virus.pdf). Acesso em 16 out. 2020.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Do Estado liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987.
- O desespero do PT. **Estadão**. São Paulo, 28 fev. 2017. Disponível em <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-desespero-do-pt,70001681491>. Acesso 02 fev. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1945. Disponível em: Declaração Universal dos Direitos Humanos (unicef.org). Acesso em 18 fev. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Acesso em 18 fev. 2021.
- Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos**. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observación General n.º 32. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2EYR7FA>.

**Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos.** Comunicación n° 770/1997. Dimitry L. Gridin vs. Federación de Rusia. (2000). Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/378>. Acesso 02 fev. 2021.

**Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos.** Comunicación n° 964/2001. Barno Saidova vs. Tayikistán. (2004). Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1122>. Acesso 02 fev. 2021.

**Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos.** Comunicación n° 1910/2009. Svetlana Zhuk vs. Belarús. (2013). Disponível em: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1689%20>. Acesso 02 fev. 2021.

**Organización de las Naciones Unidas – Comité de Derechos Humanos.** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observación General n.º 13. 1984. Disponível em: <https://bit.ly/2ZqsOXC>. Acesso em 2 jul. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PARDO, Miguel Angel Montañés. **La Presunción de Inocencia**. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999.

PATRÍCIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal**. Alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019.

PATRÍCIO, Rui. O direito fundamental à presunção de inocência - revisitado: a propósito do novo código de processo penal de Cabo Verde. **Revista do Ministério Público**. p. 119-138. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=58132](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58132).

PELUSO, Antonio Cezar. **Presunção de inocência**: VI Encontro AASP. Aula Magna do Min. Antonio Cezar Peluso. Revista Brasileira de Advocacia, São Paulo, v. 1, p. 231-245, abr/jun. 2016.

PISANI, Mario. “L'assoluzione per Insufficienza Di Prove: Prospettive Storico-Sistematiche.” **Il Foro Italiano**, vol. 90, no. 5, 1967, pp. 67/68–79/80. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/23156767](http://www.jstor.org/stable/23156767).

PITOMBO, Sérgio Marques de Moraes. **Emprego de algemas**: notas em prol de sua regulamentação. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba, n. 36, jul/dez. 1984. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/14550/emprego-de-algemas>. Acesso 02 set. 2020.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca Central Irmão José Otão. Modelo de Referências Elaborado pela Biblioteca Central Irmão José Otão. Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.pucrs.br/?p=255>. Acesso em: 12 fev. 2020.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de inocência no Habeas Corpus n.º 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. São Paulo: **Revista de Direito Brasileira**, v. 17, n. 7, p. 391-407, mai/ago 2017. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11365#preview>. Acesso 31 ago. 2020.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 116-120, jan/jun. 2013.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.

PRADO, Geraldo. **Presunção de Inocência ou Direito Processual Penal**: das práticas sociais às práticas sociais reguladas pela Constituição, por tratados e leis. Empório do Direito (2016). Disponível em: <https://bit.ly/3ncM1qt>.

PUENTE, Ana Maria Ovejero (coord). **La presunción de inocencia y los juicios paralelos**. Madrid: La Ley, 2012.

PUENTE, Ana Maria Ovejero (ed). **Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado**. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:582349>. Base de Dados Saraiva Jur *online* mediante assinatura. Acesso 07 set. 2020.

RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, Carvalho, André. **Teoria dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REALE JR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (org). **Doutrinas Essenciais**. Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

**Resolução n.º 1, 10 de abril de 2020**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/Corte IDH/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 16 out. 2020.

RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. Natal/RN: Motres, 2019.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788594773593>. Acesso em 20 set. 2020.

RIVAS, Juana María Ibáñez. Garantías judiciales. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Los juicios paralelos. **La ley penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 9, n. 90, p. 14-30, fev. 2012. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=91121](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91121). Acesso em: 16 nov. 2020.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *Ius. Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla a.c.*, núm. 24, 2009, pp. 114-148. Instituto de

- Ciências Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=134085](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134085). Acesso em: 11 ago. 2020.
- RODRÍGUEZ, Javier Llobet. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ROJAS, Claudia Nash. Derecho a la integridad personal. In: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (edit). **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentário. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. A contemporaneidade como idade média. **Interface – Comunicação, Saúde, Educação**, v. 7, ago. 2018, pp. 25-36.
- Saiba quem são os 4 suspeitos de envolvimento em invasão do celular de Sergio Moro. **G1**. São Carlos e Araraquara, 24 jul. 2019. Disponível em: <http://glo.bo/3uhftiA>. Acesso em 05 fev. 2021.
- SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2011.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natalia Luceno Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2. Ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IV. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013.
- SARMENTO, Daniel. Comentários aos arts. 220/221. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**. Parte Geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- SENDEREY, Israel Drapkin. **Imprensa e criminalidade**. Trad. Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky, 1983.
- SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 471-487. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=6080](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6080). Acesso em: 16 abr. 2020.
- Sete Suspeitos de ritual satânico com morte de crianças no RS têm prisão preventiva decretada. **G1**, 08 jan. 2018, disponível em: <http://glo.bo/39CyZMQ>. Acesso em 13 jan. 2021.

- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo/SP, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, pp. 2, 7 e ss. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.
- SILVA, Vânia Jessica Oliveira da. Justiça por Mariana Ferrer # JustiçaPorMariFerrer. **Change.org**, 2020. Disponível em: <https://www.change.org/p/tribunal-de-justi%C3%A7a-de-sc-justi%C3%A7a-por-mariana-ferrer-justicapormariferrer?redirect=false>. Acesso em 19 jan. 2021.
- SIMANTOBS, Fabio Tofic. Comentários ao art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BRENDA, Juliano. (org). **Comentários à Lei de Abuso de Autoridade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- STRECK, Lênio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. (coords). São Paulo: Saraiva/Almedina/IDP, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. modif. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. **Comentários à nova lei de abuso de autoridade**. Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen. Da presunção de inocência ao devido processo legal: a constitucionalidade da execução provisória da pena. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 118, p. 18-43, out./nov.. 2019. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=153497](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153497). Acesso em: 1 set. 2020.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: Saraiva Digital. Consulta em Base de Dados *on line* mediante assinatura. Acesso 03 fev. 2021.
- TELES, Janaina de Almeida. Apresentação - Ditadura e repressão no Brasil e na Argentina: paralelos e distinções. In: CALVEIRO, Pilar. **Poder e desaparecimento**. Os campos de concentração na Argentina. Trad. Fernando Correa Prado. São Paulo: Boitempo, 2013.
- TORNAGHI, Helio. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1963.
- TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo/SP, v. 36, p. 257-272, out-dez. 2001. Disponível em: Envio | Revista dos Tribunais (mpf.mp.br). Consulta em base de Dados da RT *on line* mediante assinatura. Acesso em 15 fev. 2021.
- TORRES, Jayme Vegas. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: LaLey, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prisão preventiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 5-18, abr./mai. 2009. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=71873](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71873). Acesso em: 11 ago. 2020.

TOVO, João Batista Marques; TOVO, Paulo Cláudio. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**, de 27 de junho de 1981. (Carta de Banjul). Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/acesso-a-informacao/internacional/carta-africana/view>. Acesso em 25 jun. 2020.

VASCONCELLOS, Hygino. Homem negro morre após ser espancado em supermercado de Porto Alegre. **UOL**. Porto Alegre, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/11/20/video-mostra-homem-sendo-e-espancado-por-segurancas-do-carrefour-no-rs.htm>. Acesso em 02 fev. 2021.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. **Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?**. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-0022016](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-0022016). Acesso 28 ago. 2020.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro. Teoria geral do Direito Penal**. 4. Ed. V. 1. Rio de Janeiro; Revan, 2011.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)