ANGELO ANTONIO SINDONA BELLIZIA

O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2020

ANGELO ANTONIO SINDONA BELLIZIA

O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Versão corrigida

(Versão original encontra-se na unidade que aloja o Programa de Pós-graduação)

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bellizia, Angelo Antonio Sindona

O direito à imagem do investigado no processo penal brasileiro; Angelo Antonio Sindona Bellizia; orientador Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli - São Paulo, 2020. 193 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

Versão corrigida.

1. Direito à Imagem. 2. Investigado. 3. Presunção de Inocência. 4. Liberdade de Imprensa. 5. Processo Penal. I. Zilli, Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho, orient. II. Título.

Nome: BELLIZIA, Angelo Antonio Sindona.

Título: O direito à imagem do investigado no processo penal brasileiro.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Penal

Aprovação em:_____

Banca Examinadora:

Presidente (Orientador): Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli

Julgamento _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Julgamento _____

Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Ao grande e eterno Deus, que, pela Graça, sonhou este sonho para mim. Tu és bom o tempo todo.

À minha esposa Priscila, porto seguro, razão do meu ser e agir, estar e ficar. Sou muito melhor ao seu lado.

Aos meus filhos, Giovanna e Matheus, expressões do amor infinito.

À Tia Wanda, amor da minha vida. Estar na tua presença, era passear no teu céu, era estar nos braços da paz.

Ao Professor Doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli, que, com sabedoria, paciência e confiança, conduziu-me à realização de um sonho, cedendo-me a tão almejada vaga no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mesmo com inúmeras atividades, dedicou seu tempo e atenção para que esta dissertação tomasse forma e fosse lapidada. Seus cuidados e ensinamentos jamais serão esquecidos.

Ao Professor Doutor Fábio Ramazzini Bechara, por ter acreditado em um potencial, em princípio, invisível à mim, desde os bancos da especialização.

Aos colegas Carlos Eduardo, Ricardo, Victor, Paula e Domitila, pelo incentivo constante, mesmo quando os becos pareciam sem saída.

Ao Guilherme San Juan, amigo querido, que, com sua generosidade, teve, e tem, papel fundamental em meu desenvolvimento profissional.

Ao eterno Mauro Morelli, que permeia meus pensamentos e saudades, sem o qual não teria alçado voos tão altos. Sua partida ainda dói, mas sua lembrança sempre nos conforta.

Ao amigo Gerson Morelli, incentivador de primeira hora, irmão mais velho, presente da vida.

À minha mãe Marcília, que perdi ao longo da realização deste trabalho, e ao meu pai Antonio, por tudo o que representam em minha formação como ser humano.

À amiga Cléo Furukawa, companheira de tantos anos e batalhas. Nossas intermináveis conversas e reflexões muito me ajudaram a alcançar este objetivo.

RESUMO

BELLIZIA, Angelo Antonio Sindona. **O direito à imagem do investigado no processo penal brasileiro.** 2020. 193p. Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, janeiro de 2020.

Com o crescente aumento da criminalidade, a sociedade cobra por soluções que sejam rápidas e eficazes em seu combate. Com tal cobrança, abrem-se as portas para as mais diversas violações de direitos e garantias individuais. A investigação preliminar, fase pré-processual de importância extrema, é terreno fértil para a satisfação dos anseios sociais e resposta aos clamores por justiça. O direito à imagem do investigado é atacado e violado de forma explícita quando de sua exposição aos órgãos de imprensa, muitas vezes com o auxílio da própria autoridade pública. A presunção de inocência, como norma de tratamento, encontra barreiras para a sua efetivação, e os interesses público e privado mantém constante conflito. Outros interesses tutelados pelo texto constitucional também se enfrentam, de forma que, torna-se cada vez mais difícil o equilíbrio entre liberdade de imprensa/expressão/informação e presunção de inocência/inviolabilidade da imagem do investigado. A sociedade do medo ancora-se em uma realidade paralela, criada pela mídia sensacionalista e fomentada pela legitimação da execração pública do investigado. O espetáculo da exposição abusiva do investigado tem como objetivo a legitimação do poder repressivo estatal, bem como interesses econômicos. Operações midiáticas de combate à ue consubstancia-se, invariavelmente, em violação de direitos e garantias individuais. Luzes são lançadas quando do surgimento de jurisprudências e legislações que tutelam a imagem do investigado, e que tangenciam, tanto o direito ao esquecimento, quanto a proteção específica de tão caro direito da personalidade. Somente assim, a presunção de inocência, através de sua dimensão objetiva, poderá emanar seus efeitos irradiante e horizontal, estendendo aos órgãos públicos e aos particulares sua observância e efetivação.

Palavras-chaves: Direito à Imagem. Investigado. Presunção de Inocência. Liberdade de Imprensa. Processo Penal.

ABSTRACT

BELLIZIA, Angelo Antonio Sindona. **The right to image of the investigated person in the brazilian criminal proceeding**. 2020. 193p. Master's Degree. Faculty of Law of the University of São Paulo, January 2020.

With increasing crime, society is demanding solutions that are quick and effective in its fight. Such a charge opens the door to the most diverse violations of individual rights and guarantees. The preliminary investigation, a pre-procedural phase of extreme importance, is fertile ground for the satisfaction of social desires and response to claims for justice. The right to image of the investigated person is explicitly attacked and violated when exposed to the press, often with the help of the public authority itself. The presumption of innocence as a standard of treatment encounters barriers, and public and private interests are constantly in conflict. Other interests protected by the Constitution also face each other, so that the balance between freedom of the press / expression / information and presumption of innocence / inviolability of the image of the investigated person, becomes increasingly difficult. The society of fear is anchored in a parallel reality, created by the sensationalist media and fostered by the legitimation of the public execution of the investigated. The spectacle of the abusive exposure of the investigated aims at the legitimation of state repressive power, as well as economic interests. Mediatic operations to combat corruption, tempered by the distortion of reality promoted by the mainstream media, often made possible by the public authority, feed the population with feelings of revolt and powerlessness, which invariably embody violations of individual rights and guarantees. Lights are shed when the emergence of jurisprudence and laws that protect the image of the investigated and that tangent, both the right to forget, and specific protection to such na important right of personality. Only in this way, the presumption of innocence, through its objective dimension, can emanate its radiating and horizontal effects, extending its observance and effectiveness to public and private entities.

Key-words: Right to image. Investigated Person. Presumption of Innocence. Freedom of Press. Criminal Proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 IMPUTAÇÃO NO PROCESSO PENAL – DELIMITANDO A SITUAÇÃO JURÍDICA DE "INVESTIGADO" 15

1.1 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 21

1.1.1 Considerações iniciais 21

1.1.2 Definição terminológica e funções da investigação preliminar 22

1.1.3 A investigação preliminar como fase pré-processual eficiente e garantista 26

1.2 AS FORMAS MAIS COMUNS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COMO INSTRUMENTOS DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 30

1.2.1 Inquérito policial 30

1.2.2 O indiciamento como forma de contenção ao abuso do poder estatal 32

1.2.3 A identificação criminal e a qualificação direta e indireta 37

1.2.4 O Procedimento investigatório criminal 41

2 O DIREITO À IMAGEM E O INVESTIGADO 43

2.1 DIREITO À IMAGEM E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO FUNDAMENTO PARA A PRESERVAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO 43

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 46

2.2.1 Considerações iniciais – sistema global de proteção aos Direitos Humanos 46

2.2.2 Sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos 49

2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL 50

2.3.1 As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e seu reflexo na presunção de inocência – o caminho até a proteção da imagem do investigado 52

2.4 AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO 60

2.4.1 Notas introdutórias 60
2.4.2 A presunção de inocência como norma probatória 61
2.4.3 A presunção de inocência como norma de juízo 64
2.4.4 A presunção de inocência como norma de tratamento 65
2.5 DIREITO À IMAGEM 70
2.6 MÍDIA, IMAGEM E PROCESSO PENAL 76
2.7 A PUBLICIDADE NO PROCESSO PENAL: MÍDIA E INVESTIGADO 85
2.7.1 Publicidade externa/extraprocessual e interna/endoprocessual 87
2.7.2 Publicidade imediata e mediata 88
3 AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO DURANTE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR 93
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES 93
3.2 DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO E MEDIDAS CAUTELARES 94
3.2.1 Notas introdutórias 94
3.2.2 Direito à imagem do investigado e prisões cautelares 96
3.3 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: O USO DE ALGEMAS E A APRESENTAÇÃO DO INVESTIGADO À IMPRENSA 106
3.4 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NO CURSO DE MEDIDAS CAUTELARES REAIS E DE INCIDÊNCIA PROBATÓRIA 118
3.4.1 Medidas cautelares reais – breves considerações 118
3.4.2 Medidas cautelares de incidência probatória – breves considerações 120
3.5 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO COLABORADOR NA COLABORAÇÃO PREMIADA 131
3.5.1 Breves considerações 131
3.5.2 O direito à imagem e o investigado colaborador 134
4 DIREITO AO ESQUECIMENTO: SOLUÇÃO PARA OS MALES CAUSADOS PELA VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO? 141
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS 141

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL 144

4.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PERENIDADE DO ARMAZENAMENTO DE INFORMAÇÕES EM TEMPOS DE INTERNET 150

4.4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AO INVESTIGADO 152

5 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 159

5.1 BREVES CONSIDERAÇÕES 159

5.2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PL 8045/2010 E SEUS REFLEXOS NO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO 159

5.2.1 Notas introdutórias 159

5.2.2 A situação jurídica de "investigado" e a proteção à sua imagem no PL 8045/2010 160

5.3 O JUIZ DE GARANTIAS NO PL 8045/2010 E NA LEI 13.964/19 E A PROTEÇÃO DA IMAGEM DO INVESTIGADO 164

5.3.1 O artigo 3º-F da Lei 13.694/2019 e a proteção específica à imagem do investigado 167

CONCLUSÃO 171

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 179

INTRODUÇÃO

O modelo político estatal tem direta influência sobre o processo penal e dessa forma, "fundamentos autoritários, além de clamarem por um poder punitivo centralizador e forte, conduzem a uma dinâmica processual desequilibrada, pautada pela hipertrofia do polo acusador[1]". Por consequência, se há a pretensão de uma eventual retomada do padrão democrático, necessário, portanto, incorporar os valores de igualdade e liberdade ao exercício do poder. Atingido tal objetivo, haverá, certamente, uma relação processual mais equilibrada[2].

Assim, quando alcançado o almejado equilíbrio processual, a presunção de inocência assumirá lugar de destaque como regra de tratamento do investigado, que, por conseguinte, deverá ser atentamente observada por todos os atores da persecução penal, desde o seu início[3]. Mas não é somente aos mencionados atores que se estende a obrigação da observância da presunção de inocência; tal obrigação deve ser cumprida, também pelos meios de comunicação e, em maior alcance, pelos familiares da vítima de um delito. A vinculação do princípio em comento deve ser total e abrangente[4].

A persecução penal é ambiente favorável ao choque de direitos e interesses protegidos pelo texto constitucional e diplomas convencionais. Na investigação preliminar, estes conflitos tornam-se mais latentes. A necessidade de se garantir a atuação rápida e ágil da polícia judiciária para a manutenção da tranquilidade social – e pronta resposta à sociedade -, somada a uma espetacularização midiática dessa fase investigativa, trazem preocupação e aumentam a crise já, há muito, instaurada no sistema de investigação preliminar brasileiro.

A *persecutio criminis*, *per se*, constitui um fardo ao indivíduo. Em regra, sua entrada nesse mundo novo se dá através da investigação preliminar. Há, desde este momento pré-processual, limitação de direitos do investigado, mais especificamente, direitos da personalidade, sendo maior a necessidade de preservá-los contra abusos estatais e midiáticos[5].

---

[1]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 449, jul./ago. 2010.
[2]Ibid., p. 449.
[3]Ibid., p. 449.
[4]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. 482.
[5]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade dos atos processuais penais e meios de comunicação em massa**. Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho. 2002. 350 p. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 160.

Com os crescentes índices de criminalidade[6], e o calor das discussões que envolvem a temática, a sociedade cobra por imediatas respostas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Assim, a investigação preliminar torna-se o palco ideal para a perpetuação de violações a direitos e garantias individuais, como forma de resposta aos apelos sociais por uma solução premente e permanente.

Nessa trilha, o possível autor de um delito é julgado previamente com base em opiniões exaradas pela imprensa[7] e, em que pese não haver ainda sequer acusação formal, "as dúvidas sobre o delito, suas circunstâncias e a autoria, mesmo que fundadas em elementos de prova, na mídia, tornam-se certezas[8]". Esse fenômeno não ocorre somente em ações de Polícia Judiciária; investigações perpetradas pelo Ministério Público, por exemplo, também trazem em seu bojo a possibilidade de exposição da imagem do investigado e suas consequências[9], muito antes da formação definitiva de um juízo de culpa.

A exibição do investigado à imprensa, fomentada pela cultura autoritária e participação de agentes públicos, contribui para a execração de sua imagem, pois o vincula a um delito cujas circunstâncias ainda estão sendo apuradas. O problema é agravado quando a veiculação dessa imagem ocorre sem a autorização do investigado. Ainda, a imprensa, que distorce a realidade fática em prol de audiência e poder econômico, não aponta dados objetivos que demonstrem a participação do indivíduo detido no cometimento do delito; mesmo assim, o investigado tem a sua imagem indevidamente exibida sem que haja sequer acusação formal[10]. Assim, a presunção de inocência do investigado, força motriz do processo penal, é severamente abalada, tendo em vista que o grande público, por conta das informações deturpadas que recebe, já o assume como culpado.

A mensagem passada à sociedade pela mídia, muitas vezes com o auxílio dos órgãos de persecução, instaura um medo generalizado, medo da criminalidade. Tal mensagem acaba

---

[6]De acordo com pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, a taxa de homicídios no Brasil, em 2016, atingiu a marca de 30 para cada 100 mil habitantes, 30 vezes maior que a encontrada em países europeus. Ainda, entre 2006 e 2016, segundo a pesquisa, 553 mil pessoas perderam a vida devido à violência intencional no Brasil, número que supera o de vítimas fatais na guerra da Síria entre 2011 e 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/b1c8bc69867dc06af2acaefa4764ae70.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2019.

[7]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 169.

[8]Ibid., p.169.

[9]BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 65, aduz que a exposição desmedida do investigado traz "marca indelével de desonestidade e até de periculosidade que dificilmente será desfeita. E deixam por certo um dano de difícil reparação".

[10]MORAES, Rodrigo Iennaco de et al. Exibição do suspeito preso à imprensa como atenuante inominada da pena. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA. Flávia (Orgs.). **Limites ao poder punitivo; diálogos na ciência penal contemporânea.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 366.

por legitimar a execração pública do investigado, agravada, por exemplo, por sua exibição à imprensa, algemado ou não, ou pela decretação de medidas cautelares.

O espetáculo é direcionado à legitimação do poder repressivo e incentiva a resposta punitiva estatal. Como observa Zaffaroni, a estimulação do medo ao crime "lo dramatiza y lo alimenta como fuente de legitimación del poder repressivo y de la respuesta punitiva: um poder, en este caso, que como antídoto del miedo obtiene de este consendo y legitimación política[11]".

A veiculação de notícia pela mídia, incute nos populares, que desconhecem argumentos jurídico-constitucionais-convencionais, a ideia de que todo suspeito é, de fato, culpado. Há, assim, uma inclinação da população a estigmatizar o indivíduo exibido, sobre caso em que não há certeza jurídica, atingível tal, tão e somente, pelo devido processo legal.

O presente trabalho abordará o direito à imagem do investigado em cinco capítulos.

O primeiro capítulo busca definir em que momento surge a situação jurídica de "investigado". Isso porque, o ponto de partida para a definição da proteção dos direitos da personalidade é a delimitação do instante no qual o indivíduo torna-se mais suscetível à privação de liberdades, em particular, quando inserido âmbito de uma investigação preliminar.

Assim, importante determinar quando devem ser acionadas as proteções constitucional e convencional, instrumentalizadas pelo processo penal, com o fito de que sejam preservados direitos da personalidade do indivíduo, mormente o seu direito à imagem, este, bastante desvalido durante a investigação preliminar.

Um estudo cauteloso da imputação no processo penal é fundamental para que se entenda o início da submissão do cidadão à máquina persecutória estatal e determinante para que haja, desde o nascimento da investigação preliminar, a total proteção de seus direitos e garantias individuais. É através da imputação que se delimita a situação jurídica do indivíduo na investigação preliminar e, assim, pode-se determinar o seu grau de vulnerabilidade.

Uma vez imputado o sujeito torna-se "investigado", ficando, então, submetido ao poder punitivo estatal. A partir desse momento, o investigado passa a gozar de toda a gama de proteção franqueada, tanto pelo texto constitucional, quanto pelos diplomas convencionais dos quais o Brasil é signatário, tudo isso para que haja limites à atuação estatal durante a investigação preliminar.

---

[11]ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **La emergencia del miedo.** Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 62.

O segundo capítulo, procura demonstrar como o princípio da presunção de inocência baliza, inspira e fundamenta a proteção da imagem do investigado. Será ainda estudada a imagem como direito da personalidade, bem como a delimitação e definição de seu conceito. Ainda, o choque entre direito à informação/liberdade de imprensa/publicidade dos atos processuais e presunção de inocência/inviolabilidade de imagem também será abordado. Tal estudo se faz necessário, pois o conflito entre estes bens jurídicos tem natureza complexa e é de difícil resolução. A liberdade de imprensa, bem como o direito à informação e a publicidade dos atos processuais encontram seus limites no princípio da proporcionalidade, "onde será possível estabelecer qual o direito, igualmente tutelado pela Constituição, tem maior valia [...][12]".

No terceiro capítulo trataremos das problematizações *per se*, observando quando o investigado está mais suscetível a ter sua imagem violada no curso da investigação preliminar. Tal abordagem abarcará as ofensas à imagem do investigado na concreção da execução de medidas cautelares pessoais, reais e de incidência probatória, conduções coercitivas, bem como uma incursão no direito à imagem do investigado-colaborador.

O direito ao esquecimento é matéria que será minuciada no quarto capítulo. O estudo buscará demonstrar como o direito ao esquecimento pode ser solução à estigmatização da imagem física e social do investigado, que deve ser observado, quando, por exemplo, do arquivamento da investigação preliminar ou da rejeição da denúncia. Entretanto, o direito ao esquecimento carece de maior discussão, tanto na seara legislativa, quanto doutrinária e jurisprudencial, sendo de aplicação recente no ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo final, trataremos das inovações trazidas pelo PL 8405/2010, o Projeto do Novo Código de Processo Penal, no que tange seus reflexos na proteção da imagem do investigado. Importantes mudanças abarcadas pelo Projeto de Lei em tela serão estudadas; a delimitação da situação jurídica de "investigado", a não submissão do investigado à exposição dos meios de comunicação, a conceituação de indiciamento, as mudanças na identificação criminal e a instituição do juiz das garantias no sistema processual penal brasileiro. Por fim, serão pontuadas as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como "pacote anticrime", no que tange a investigação preliminar, bem como a tutela da imagem do investigado.

[12]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 300.

1 IMPUTAÇÃO NO PROCESSO PENAL – DELIMITANDO A SITUAÇÃO JURÍDICA DE "INVESTIGADO"

Para que se possa delimitar a figura do investigado no processo penal brasileiro, e a sua consequente submissão a deveres e exercício de direitos, premente a necessidade de discorrer sobre imputação. Tema de grande relevância e pouco tratado por processualistas penais[13], a imputação presta-se a "delimitar a acusação e, assim, serve para a identificação da ação penal, para a verificação da correlação entre acusação e sentença, para a efetivação do contraditório e como garantia do exercício de defesa[14]".

A imputação vem à luz através de um ato, porém, concretiza-se por um juízo, uma avaliação. Nesta toada, ensina Scarance Fernandes que a palavra "imputação" tem origem no latim *imputatio* que significa atribuir responsabilidade a alguém pela prática de determinado ato[15]. Assim, quando vislumbramos imputação do ponto de vista processual penal, esta passa a se tratar de um juízo de atribuição que vincula alguém à prática de um ilícito penal[16].

Nessa toada, tem-se que a imputação é o juízo de atribuição e não o ato pelo qual este juízo é atribuído[17]. Ocorre que em matéria processual penal, somente se concretiza a imputação a partir do momento em que um ato estatal praticado desvela aquele juízo de valor[18]. Assim, dentro de uma visão amplificada de imputação, tem-se que esta somente se inicia "a partir da existência de qualquer ato (investigativo ou judicial) do qual se depreenda um juízo de atribuição de um crime a uma pessoa determinada[19]." Este juízo de atribuição de uma infração penal a alguém é o primeiro degrau da escada em um sistema de escalonamento processual penal, como demonstraremos adiante.

Importante observar que, diferentemente do processo civil, não se busca a demanda penal pelo seu pedido. O pedido é genérico; condenação a uma pena pré-estipulada em lei. Nesse sentido, o bem da vida buscado é a liberdade individual, ou, mais precisamente, a

---

[13]Carnelutti afirma que: "en la practica se habla continuamente de ella; y no podría ser de otro modo. En la doctrina, en cambio, no se piensa casi nunca." (CARNELUTTI, Francesco**. Cuestiones sobre el processo penal.** Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994, p.135).

[14]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

[15]Ibid., p.100.

[16]Ibid., p.102.

[17]Ibid., p.102. Carnelutti afirma que a imputação é também consistente em um juízo, de forma que não se deve processar alguém sem uma certa dose de convicção de sua culpabilidade. (CARNELUTTI, Francesco**. Cuestiones**..., op. cit., p. 136-138). Scarance Fernandes ainda observa que, mesmo com a convergência de indícios que revelam ser o sujeito o autor da infração penal, a autoridade policial não o indicia, insistindo em ouvi-lo como testemunha, negando-lhe, entre outros, o direito ao silêncio. FERNANDES, Antonio Scarance**. Reação**..., op. cit., p. 100.

[18]MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção...,** op. cit., 2010, p. 492.

[19]Ibid., p. 492.

privação desta liberdade[20]. Gustavo Badaró ensina que; "O espaço deixado pela insuficiência ou inadaptabilidade dos institutos processuais civis deve ser ocupado, no processo penal, pelo conceito de imputação, mais especificamente, pela imputação penal".

Imputar, então, significa atribuir um fato penal relevante a alguém. Assim, a imputação é vista "como juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de infração penal, sem ser o ato ou estar vinculada a ato determinado[21]". Badaró ainda destaca que o conteúdo da imputação é a atribuição de um fato concreto que se encaixa em um tipo penal, contrariando posições mais simplistas que afirmam que a imputação é apenas a atribuição de um fato a alguém[22]. Por suposto, o fato que será objeto do processo penal deve possuir relevância penal, previsto em um tipo penal específico.

A imputação, *lato sensu,* deve estender-se à fase de investigação preliminar, não estando limitada à ação penal, pois não é ato e sim juízo, pelo qual se atribui a prática de infração penal a alguém. Conforme Scarance Fernandes: "Varia o momento deste juízo, assim como o substrato fundante deste juízo, mas se trata sempre de um juízo[23]". Dessa forma, o ato, apesar de não ser irrelevante, pois é instrumento para a concretização do juízo, não é sinônimo de imputação, não podendo, dessa forma, revelá-la. O que a revela, sim, é o juízo, necessário para que se atribua a alguém fato delituoso. Então, a imputação "é o juízo de atribuição, não o ato que atribui[24]". O juízo, *per se*, necessita do ato para que possa ser externado[25]. Assim, em que pese o indiciamento ser ato atributivo de imputação, não é único. A decretação de medidas cautelares reais, pessoais e de incidência probatória, por exemplo, são também atos que revelam juízo de atribuição, bem como desvelam a forma como o indivíduo é tratado pela autoridade responsável pela persecução penal[26].

A imputação, então, vista como "juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de infração penal, sem ser o ato ou estar vinculada a ato determinado[27]", pode se concretizar tanto na fase de investigação preliminar, quanto na segunda fase da *persecutio criminis* com o

---

[20]BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.
[21]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.102.
[22]BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação**..., op. cit., p. 73-74.
[23] Ibid., p.103
[24]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.102.
[25]Ibid. p. 102.
[26]Nesse sentido, observa Scarance que: "a imputação, geralmente, manifesta-se por ato determinado como indiciamento, denúncia, determinação judicial de prisão cautelar ou de outra medida constritiva, mas também pode revelar-se pela maneira como pessoa passa a ser tratada pela autoridade encarregada da persecução". (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.103.)
[27]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p. 102.

oferecimento da inicial acusatória, variando, portanto, em forma e conteúdo[28]. Essa variação se dá por conta de um necessário escalonamento progressivo – ou regressivo – que leva em consideração o grau de diminuição do *status libertatis* do indivíduo[29], bem como diferentes cargas de deveres e direitos, trazendo reflexo direto em sua *situazione giuridica subjettiva*[30]. Este escalonamento tem como parametrização o grau de exigência para que a alguém seja imputada determinada infração penal, considerando em qual momento da *persecutio* encontra-se o sujeito[31].

Nessa trilha, o grau de *fumus comissi delicti* presente para que seja o indivíduo indiciado, é menor do que aquele necessário para a decretação de prisão preventiva, por exemplo, ou para transformá-lo em réu[32]. Ainda, todos estes graus são diversos daquele incutido na sentença que deve apresentar a certeza jurídica do cometimento do delito e não somente sê-lo provável[33].

O processo penal, como se apresenta, é um sistema escalonado e assim, para cada degrau há a necessidade de um juízo de valor que pode se apresentar de forma progressiva ou regressiva. Assim, a revogação de uma prisão preventiva ou busca e apreensão, bem como o

---

[28]Ibid., p.102.

[29]CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el processo penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994, p.136.

[30]Lopes Júnior aclara que a investigação preliminar não pode ser considerada como processo penal *stricto sensu* pois aquela é fase inicial e preparatória desta. Assim, a denominação utilizada para o momento investigatório deve ser diversa daquela utilizada na fase processual por conta da presença de um escalonamento. A terminologia usada, então, deve obedecer a este escalonamento. Assim, às três fases da *persecutio criminis* – instrução preliminar, fase processual e execução de sentença – correspondem denominações distintas – imputado ou indiciado; acusado, processado ou réu; condenado ou apenado. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 310).

[31]Nesse sentido aduz Lopes Júnior: "O sistema escalonado leva a uma progressiva ou regressiva concreção dos elementos objetivos ou subjetivos que sustentam a investigação. Deve-se destacar que o processo penal não é de sentido único, progressivo, senão que também pode ser um juízo regressivo de culpabilidade." (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., cit. p. 313). No mesmo sentido, cf. MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. **Inquérito policial: novas tendências.** Belém: Edições Cejup, 1987, p. 42.

[32]Nesse sentido, Badaró afirma que: "O objeto da imputação penal, isto é, o fato punível atribuído a alguém, sofrerá constante valoração ao longo de toda a persecução penal. No início do inquérito policial, tem-se um fato enquadrável em um tipo penal atribuível a alguém, em grau de mera suspeita. Posteriormente, quando se vai avançando no caminho da transformação da probabilidade em certeza, o mesmo conteúdo será agora qualificado não sob a ótica da mera suspeita, mas de indícios, o que autorizaria o oferecimento da denúncia com a formulação da pretensão penal, isto é, da imputação. A instrução processual, por seu lado, nada mais é do que uma fase no *iter* procedimental destinada à colheita de provas para a verificação da veracidade ou falsidade da imputação quanto a autoria e existência do fato. Por fim, chega-se à sentença que trará definição quanto à imputação, absolvendo o acusado se a mesma não restar provada, ou condenando-o se ela for confirmada. A sentença traz o grau máximo de certeza quanto à imputação, que nada mais é do que um projeto de sentença. Assim, o objeto do processo deve permanecer o mesmo ao longo de todo o processo, desde a imputação até a sentença. Sobre o objeto da imputação incidirão as cogitações que, em uma curva ascendente, vão crescendo desde o grau de mera suspeita até a certeza judicial." (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação.**.., op. cit. p. 72).

[33]LOPES JR., Aury. **Sistemas**..., op. cit., p.314.

arquivamento do inquérito policial, somente para citar alguns exemplos, devem operar para que o indivíduo retorne ao seu *status quo ante*[34].

As graves restrições de liberdade que pode sofrer o indivíduo na fase investigativa autorizam a extensão do conceito de imputação para a investigação preliminar. Não faz nenhum sentido restringir a imputação à fase processual, pois deve-se, "em um Estado democrático, assegurar à pessoa considerada a provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa[35]." Daí a obrigatoriedade de que se considere um conceito alargado de imputação, admitindo-se a existência de um imputado mesmo na fase investigativa pois este é titular de direitos e sujeito a restrições[36]. Carnelutti chama a imputação na fase investigativa de "o primeiro degrau da escada", de maneira que para se julgar definitivamente uma pessoa há a necessidade de que se passe por uma série de juízos provisórios, sendo estes juízos escalonados[37].

Deve-se tomar cuidado, porém, com o alargamento excessivo do conceito de imputação e imputado, pois tal abertura pode trazer prejuízos patentes ao sujeito de direitos. Somente a Autoridade Policial, o Ministério Público e o Magistrado – este, atendendo a pedido dos dois anteriores - podem atribuir ao cidadão este *status,* sob pena do esvaziamento deste conceito e a supressão de direitos do imputado[38]. A conceituação de "imputado" deve ser ampla e técnica, evitando-se, porém, a sua expansão excessiva. Assim, pode-se garantir ao imputado, desde a fase investigatória, o exercício de direitos e garantias individuais, bem como sujeitá-lo a determinados deveres.

A reação defensiva à imputação dar-se-á, então, desde a investigação, de forma a não estar restrita somente ao momento da acusação formal. Assim, divide-se a imputação em sentido amplo – momento da investigação – e sentido estrito – momento da acusação formal, ficando claro que não há diferença conceitual entre tais momentos, pois tanto um quanto outro

---

[34]LOPES JR., Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 314.

[35]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.104.

[36]Nesse mister Carnelutti ensina que "pero la contestación de la acusación [...] pertenece a lós "actos preliminares del debate"; y um imputado, desde luego, tiene que haberlo también antes." (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el processo penal.** Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994, p.135).

[37]"A la verdad, así és: Es necesario, para juzgar definitivamente, pasar a través de uma serie de juicios provisionales; la escala de los juicios, precisamente. La escala dela paciência, em um fin de cuentas [...] Antes de poder castigar a um hombre es preciso condenarlo; pero, antes de condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juizio acerca de la posibilidad de someterlo a debate, hay todavía un juicio anterior. Esse juicio es la imputación: el primer peldanõ de la escalera." (CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones...,** op. cit., p. 139).

[38]Explica Scarance Fernandes que "[...] não é suficiente para alguém ser considerado imputado e, assim, provável autor de infração penal, que seja indicado como responsável pelo crime em notícia formulada por qualquer do povo ou pelo ofendido. Não basta qualquer atribuição, pois a pessoa considerada imputada, além de ser titular de direitos, está também sujeita a restrições." (FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.105).

possuem o "mesmo núcleo essencial, consistindo em atribuição de infração penal a alguém.[39]" A diferença entre estes momentos está no grau de exigência para a presença de elementos indiciários que, por escalonamento, devem ser maiores e absolutamente consistentes quando do oferecimento de denúncia ou queixa[40]. Nessa toada, observa Scarance que o imputado deve ter, entre outros

> [...] o direito de ser ouvido sobre a imputação; o direito de após a imputação, ter conhecimento do proceder investigatório; o direito de trazer, por si, ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação[41].

No contexto apresentado, tem-se que o imputado, em termos de investigação preliminar, é pessoa sobre a qual é atribuída a prática da infração penal, tendo sido coligidos elementos para tanto. Ocorre que não se deve restringir tal proteção constitucional/convencional ao momento do indiciamento e, consequentemente, não se pode definir a situação jurídica de "investigado" com fundamento somente nesse ato. A imputação deve ser estendida a todos os momentos em que há restrição de direitos e garantias, durante a investigação preliminar, como, por exemplo, na decretação de medidas cautelares reais, que não pressupõe indiciamento. Assim, aquele que sofre arresto, sequestro ou hipoteca judicial de bens, ou ainda eventual busca e apreensão, em que pese não ser indiciado, pode ser considerado investigado, pois carga certa punitiva estatal estará sobre seus ombros.

Tanto o é que, ao cabo de uma investigação conduzida pelo Ministério Público através de Procedimento Investigatório Criminal – PIC – podem ser requeridas pelo *Parquetier* medidas coercitivas pessoais, assim como no inquérito policial, sem que o indivíduo tenha sido indiciado. E nem poderia; o indiciamento é ato privativo da autoridade policial[42]. Nessa trilha, não pode o órgão Ministerial, quando investiga[43], simplesmente requerer à autoridade

---

[39]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p. 105.

[40]Nessa trilha, Scarance Fernandes assevera que "Extrai-se também conceito extenso de imputado para abranger tanto o indiciado como o acusado. O primeiro é o imputado da fase de investigação e o segundo, o imputado do momento da acusação. Examinam-se, portanto, neste estudo a reação defensiva à imputação em sentido amplo, formulada antes da acusação, e a imputação em sentido estrito constante da acusação formal." (ibid., p.106).

[41]Ibid., p. 113.

[42]Lei 12.830/13, art. 2º, §6º: "As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias".

[43]A Proposta de Emenda Constitucional de nº 37 propunha que somente às polícias Federal e Civil fosse atribuído poder de investigação, limitando o Ministério Público a atuar somente como titular da ação penal. Após extensa discussão, a PEC foi rejeitada e o texto arquivado, consolidando o poder de investigação do Ministério Público. – Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/407780-camara-rejeita-pec-37-texto-sera-arquivado/>. Acesso em: 02 dez. 2019. Ainda, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade investigativa do Ministério Público no RE 593.727 de relatoria do Ministro Cézar Peluso, com repercussão geral

policial o indiciamento do indivíduo. Por suposto, o indiciamento, por ser ato privativo da autoridade policial somente pode ocorrer no corpo de uma investigação carreada pela Polícia Judiciária.

Defendemos, nesse ponto, que não há a possibilidade da condução de duas investigações, sobre o mesmo fato e ao mesmo tempo, tanto por parte da polícia quanto do Ministério Público, sob pena de *bis in idem* e violação do princípio da reserva legal. Como consequência, a natureza subsidiária de eventual investigação do *Parquet* faz com que, uma vez instaurada a investigação pela Polícia Judiciária, fique proibida a investigação pelo Ministério Público[44], que terá sua atuação unicamente para o controle externo[45]. Pode o *Parquet,* entretanto, requisitar diligências e verificar se a investigação está se desenvolvendo a contento e dentro da legalidade, mas não pode presidir a investigação ou instaurar outra.

O conceito de imputação, então, não deve estar adstrito tão e somente ao ato "indiciamento"; assim sendo, a situação jurídica de "investigado" surge a partir do momento em que pese contra o indivíduo qualquer restrição, seja ela patrimonial, seja pessoal, no curso de inquérito policial ou em procedimento investigatório criminal. Com a decretação de medida cautelar real, pessoal ou de incidência probatória recai sobre o indivíduo imputação e

---

reconhecida – Tema 184. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[44]A natureza subsidiária investigativa do Ministério Público foi delimitada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593.727, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, que reconheceu "em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, [...] o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição". Tal natureza subsidiária ficou clara no voto do Ministro Celso de Mello, ao afirmar que o Ministério Público somente poderia investigar caso "se registrem, por exemplo, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violência arbitrária ou corrupção, ou, então, nos casos em que se verifique uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configure o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em razão da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal". – Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[45]Nessa toada observa Lopes Júnior que o controle externo da atividade policial "É o ponto mais problemático da relação promotor/polícia, agravado pela realidade de que, em muitos casos, a polícia judiciária e o Ministério Público atuam em completo descompasso, sem a menor harmonia e integração, com claro prejuízo da eficácia da persecução criminal".(LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 158). Ainda, sobre o tema, Fauzi Hassan Choukr, pontua que "[...] não se pode escapar da conclusão de ser este controle exercitado sobre a Polícia, na sua função de fornecer meios para a propositura da ação penal, seja ela em que âmbito for: estadual, federal ou mesmo a Polícia Militar naquilo que atine à produção de meios de prova para a propositura da ação penal". (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 181).

o torna investigado, sujeito de direitos e deveres[46]. Tais direitos são originários "da sujeição do imputado às necessidades da investigação e do processo[47]" e decorrem de garantias constitucionais e convencionais, predominantemente originários da garantia do devido processo legal. Sendo rol não taxativo, de rigor incluir nesta gama o direito à imagem, honra, intimidade e vida privada do investigado.

1.1 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1.1 Considerações iniciais

O processo penal constitui, *per se*, uma carga ao indivíduo que nele padece. Mesmo que a ação penal resulte em sentença absolutória, o fardo que carregou o réu durante o processo, nele permanecerá, indelével. Na "moderna sociedade das comunicações em massa[48]" o processo penal encontra um potencializador, que transforma a incriminação em um instrumento de "culpabilidade preventiva e de estigmatização pública[49]". A excessiva exposição do imputado às mídias das mais diversas, como já pontuado, o degreda, humilha, e o transforma em "reincidente", "ladrão", "culpado", "com antecedentes". Geram-se, desta forma, estigmas penais ao imputado, com a consequente maculação de seu *status* social e jurídico[50].

O processo penal é instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, e, de acordo com Lauria Tucci, não é somente o acusado, propriamente dito que deve gozar da proteção constitucional – convencional "mas, também, o envolvido em persecução penal, na sua fase pré-processual [...][51]". Assim, determinadas ações da Polícia Judiciária ou

---

[46]Na lição de Aury Lopes Jr. "Neste cenário, a investigação preliminar formalmente iniciada, no momento em que passa a ter um sujeito passivo determinado (imputado ou formalmente indiciado), esta pessoa passa a submeter-se a uma série de "pré juízos", representados pelo próprio indiciamento, a adoção de uma prisão cautelar ou medida cautelar real." (LOPES JR., Aury. **Sistemas**..., op. cit., p.314).

[47] FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.113.

[48]LOPES JÚNIOR, Aury **Direito processual penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

[49]Ibid., p. 262.

[50]Sobre o tema, observa Cordoba De Lima que: "Quanto à fama do imputado, esta já não se pode dizer ilibada, pelo menos aos olhos da sociedade, visto que só o fato de a mídia publicar notícias considerando-o como pretenso autor de conduta tipificada como crime é como se gerasse no povo uma descrença na pessoa do imputado. O princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) não é respeitado, pelo menos não pela sociedade e pela mídia, que de um modo geral desconhecem o direito. Muitos pensam que se está sendo processado é porque o imputado é culpado e, assim o sendo, deixaria de existir o estado da inocência ou da não culpabilidade". (LIMA, Érico Fathi Cordoba de. As mazelas do processo penal: influências da mídia. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 120, abr./maio 2017).

[51]TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

do Ministério Público, quando da investigação preliminar, refletem diretamente na restrição do imputado a direitos e garantias individuais[52].

O roteiro da persecução penal traz ao indivíduo nova realidade, repleta de hostilidades, complexidades e simbolismos, que lhe estigmatiza e o faz cumprir pena, sem mesmo ter sido condenado[53]. Dessa forma, para que se acuse alguém de algo, há a necessidade da obtenção de provas, angariadas por meio de uma fase pré-processual, "que demonstre, com alguma certeza, a existência material do fato, aparentemente ilícito e típico, e ao menos indícios de autoria, coautoria ou participação, sem esquecer os elementos de convicção quanto à provável culpabilidade do indiciado[54]".

Deve ser obtido suporte probante mínimo para que a ação penal de natureza condenatória possa ser proposta e essa obtenção dá-se através de uma apuração anterior à instauração da persecução judicial. A esta atividade estatal inicial de *persecutio criminis* dá-se o nome de investigação preliminar.

1.1.2 Definição terminológica e funções da investigação preliminar

É importante, não somente para finalidades teóricas, como também metodológicas, que se defina uma denominação condizente com esta frase pré-processual, de modo que sua importância deste momento para o sistema processual penal e seu fulcro instrumental assim determinam. A busca pela denominação adequada à fase preliminar da *persecutio criminis* presta-se a um recorte metodológico, tendo em vista que será a terminologia empregada ao longo deste trabalho, facilitando, dessa forma, a compreensão do instituto e dirimindo desalinhos acerca do tema.

Utilizaremos ao longo deste trabalho a expressão "investigação preliminar". Poder-se-ia utilizar a denominação "instrução preliminar" e não vemos óbice no uso desta expressão.

---

[52]Importante pontuar que a inércia legislativa no tocante à falta de regramento pormenorizado para os atos de investigação preliminar acaba deslocando a interpretação e aplicação das normas garantidoras constitucionais-convencionais aos órgãos de polícia judiciária, no caso de investigação preliminar via inquérito policial. Este fato é agravado pela ausência de um juiz de garantias, importantíssimo nesta fase pré-processual. Mesmo em localidades onde há um controle judicial sobre o inquérito policial, o Magistrado é pouco requerido, deixando a critério da autoridade policial a observância ou não de matrizes constitucionais-convencionais, claros instrumentos de proteção ao imputado. O próprio Ministério Público, constitucionalmente instado a exercer o controle externo da atividade policial não o faz, limitando-se a concordar com dilações de prazo e raramente observando e atuando para coibir irregularidades e abuso de poder policial.

[53]Aury Lopes Júnior, sobre a estigmatização, ensina que "O termo estigmatizar encontra sua origem etimológica no latim *stigma*, que alude à marca feita com ferro candente, sinal de infâmia, que foi, com a evolução da humanidade, sendo substituída por diferentes instrumentos de marcação. O processo penal em geral e a acusação formal em especial são hoje manifestações da infâmia, tendo sido o ferro candente substituído pela denúncia ou queixa abusiva e infundada". (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 263).

[54]SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 22.

Porém, nos parece mais acertado o uso da palavra "investigação" ao invés de "instrução", tendo em foco que, para fins deste trabalho e com o objetivo de evitar confusões, deixaremos o vocábulo "instrução" para designar a instrução definitiva, realizada em momento processual oportuno[55].

Dentro desta premissa, deve se dar especial importância ao fundamento da existência de uma investigação preliminar. Partindo do princípio de que o alicerce do processo penal é a instrumentalidade constitucional, deve este ser também o fio condutor da investigação preliminar.

Dessa forma, a investigação preliminar não deve ser vista somente como uma preparação ao procedimento final, mas também como um obstáculo a se superar para atingir tal estágio, guardada a sua prescindibilidade. Tem a investigação preliminar a finalidade de ser barreira, assegurando a máxima genuinidade do material probatório angariado e evitando que o investigado inocente seja submetido ao processo, que, com sua publicidade constitua grave descrédito e humilhação[56].

Aury Lopes Jr. ensina que, a investigação preliminar tem caráter de instrumentalidade constitucional e deve averiguar e comprovar a *notitia criminis*, embasar ou o não processo, e fornecer uma resposta estatal pronta à infração penal cometida[57]. A investigação preliminar deve cooperar para restaurar a paz social estremecida pelo crime. Vale dizer que, carregada de simbolismo, a investigação preliminar arrefece os ânimos sociais, imprimindo a sensação de que os órgãos responsáveis pela apuração do fato criminoso estão evitando a impunidade.

A pronta resposta estatal ao crime garante, aos olhos da sociedade, que os "autores" das infrações penais não permanecerão impunes[58]. Nessa trilha, há uma evidente percepção social de que a justiça criminal está eminentemente identificada com a atividade de investigação preliminar, em regra, levada a cabo pela Polícia Judiciária, e não com a fase judicial, propriamente dita[59].

---

[55]Marques traz a necessidade de se diferenciar, em termos terminológicos, "investigação" de instrução", aduzindo que, "A investigação não se confunde com a instrução. Objeto da primeira é a obtenção de dados informativos para que o órgão da acusação verifique se deve ou não propor a ação penal. Objeto do procedimento instrutório, ou é a colheita de provas para demonstração da legitimidade da pretensão punitiva, ou do direito de defesa, ou então a formação da culpa quando se trata de processo da competência do tribunal do Júri". (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** São Paulo: Millennuim, 2009, p. 115). Em sentido contrário, Aury Lopes Jr. afirma que: "A nosso juízo, o termo "instrução" pode ser utilizado desde que acompanhado do adjetivo "preliminar", evitando assim qualquer confusão com a instrução definitiva realizada". LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito**..., op. cit., p. 257.
[56]Ibid., p. 257.
[57]Ibid., p. 257.
[58]Ibid., p. 259.
[59]CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias**..., op. cit., p. 143-144.

Ainda, a rápida intervenção e o controle estatal às infrações penais prestam-se a desestimular a prática de novos delitos e a evitar a consumação de uma conduta criminosa em andamento.

Mas não somente essa instantânea repressão às condutas criminosas deve ser levada em consideração; uma rápida formalização da investigação preliminar permite a atuação do juiz, que observará a exata aplicação de todos os direitos e garantias individuais inerentes ao investigado.

Declinado seu fundamento, deve-se partir para o estudo das duas funções da investigação preliminar; a primeira delas é a de preservar a inocência do investigado contra acusações sem sentido[60] bem como abster sistema judiciário do "custo e a inutilidade em que estas redundariam[61]", fornecendo solidez para a propositura e exercício da ação penal[62]. Zanoide De Moraes leciona que, já na fase de investigação preliminar, "há verdadeira imputação penal em face do cidadão[63]", de forma que é fundamental que se assegure a presunção de inocência do investigado, mesmo durante a investigação preliminar. A função preservadora da investigação preliminar foi especialmente observada na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro, como uma das justificativas para a manutenção do inquérito policial no sistema processual pátrio[64].

---

[60]Joaquim Canuto Mendes De Almeida ensina que, "A Justiça cumpre seu dever graças à instrução preliminar, atingindo apenas os fatos qualificados crimes pela lei; se faz luzir aos olhos do culpado a certeza da penal, preserva o inocente até contra injustas prevenções. As queixas e denúncias podem ser verificadas antes de julgadas procedentes e as imputações temerárias e levianas não vingam. A instrução preliminar é uma "instituição indispensável à justiça penal". Seu primeiro benefício é "proteger o inculpado". Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro". (MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 11).

[61]Ibid., p. 17.

[62]MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 1980, p. 167.

[63]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 492.

[64]SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p. 23. Consta na referida exposição de motivos que; "IV – Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso hinterland, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação

Evitar acusações infundadas nos parece o cerne e coração da investigação preliminar. Na lição de Joaquim Canuto de Almeida, "se a instrução definitiva prova ou não prova que existe crime ou contravenção, a instrução preliminar prova ou não prova se existe base para a acusação[65]". Nesse sentido, Zilli observa que: "A acusação criminal, por si só, produz efeitos que vão muito além da dimensão processual. Atinge, diretamente, a imagem social do imputado, cujo comprometimento é dificilmente recomposto, mesmo na hipótese de absolvição[66]". Ainda, nessa trilha, Zilli pontua que, em muitos modelos, há uma fase processual penal intermediária, enxertada entre a investigação e o desenvolvimento do processo. Tal fase tem como objetivo "um exame judicial incidente sobre o 'direito de acusar'[67]", permitindo uma filtragem "que viabiliza a retenção de acusações infundadas, injustas ou mesmo inúteis. Visa, assim, impedir a perpetuação das estigmatizações provocadas pela persecução penal[68]".

Ainda, a investigação preliminar almeja o preparo e a informação, objetivando o carreamento das informações colhidas aos órgãos da ação penal, para que se possa deduzir a pretensão punitiva em juízo[69]. Coloca-se, portanto, o fato e seus dados informativos em contato com o órgão da ação penal.

Aflora deste raciocínio a segunda função da investigação preliminar; para que as informações mencionadas cheguem preservadas aos órgãos da ação penal, o acautelamento de determinados meios de prova é mandatório, tendo em vista que "vestígios do delito tendem a desaparecer [...][70]". Assim, a investigação preliminar surge como mecanismo para a conservação destes meios de prova, "às vezes inadiáveis ou intransponíveis[71]" e sem os quais

---

moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena."

[65]ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal.** São Paulo: [s.n.], 1937. p. 12.

[66]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda sobre as condições da ação penal. In: VAZ, Denise Provasi et al., **Eficiência e garantismo no processo penal:** estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes, São Paulo: LiberArs, 2017.

[67]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Ainda sobre**..., op. cit., p. 233.

[68]Ibid., p. 234.

[69]BUENO, José Antonio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 67.

[70]SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p.24.

[71]SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p.24.

eventual ação penal tornar-se-ia prejudicada[72]. Daí a função acautelatória da investigação preliminar.

Em suma, a investigação preliminar traz em seu bojo duplo objetivo: "o primeiro deles preservador, diminuindo ou minimizando acusações infundadas, temerárias e até caluniosas e evitando o custo de acusações inúteis. O segundo, preparatório, acautelando eventuais meios de prova[73]".

Assim, é premente, portanto, a necessidade da existência dessa atividade preliminar em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que "a prática destes atos, pelo Estado, por meio de seus órgãos, constitui atividade administrativa de autotutela do poder de punir, a fim de propiciar ao Ministério Público base e elementos para a propositura e o exercício da ação penal[74]". A investigação preliminar tem importância indubitável para o processo penal de forma que sua ausência acarretaria "um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional[75]".

1.1.3 A investigação preliminar como fase pré-processual eficiente e garantista

Scarance Fernandes observa que o processo penal é invariavelmente marcado por um movimento pendular. Esta oscilação dá-se, ora para o lado da eficiência repressiva, e, portanto, enfatizando ideias de segurança social, ora para o lado de proteção do acusado, de forma a preservar e afirmar suas garantias[76]. Nesse sentir, busca-se o equilíbrio entre um ideal de segurança social e a "imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais[77]". Nesta premissa, não há conflito entre ser o processo eficiente, sob as lentes

[72]Nessa trilha, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, divide a instrução judiciária em um recorte que destaca a constituição da prova penal em (i) instrução preliminar e (ii) instrução definitiva. Uma segunda divisão surge, demonstrando as funções da instrução preliminar, quais sejam (i) preparatória e (ii) preservadora. Aduz desta forma que, "Duas funções pode ter a instrução preliminar: não só essa de preparar os elementos mediatos da instrução definitiva, mas também a de assentar bases para um prévio *juízo da acusação,* isto é, decisão sobre a legitimidade de se acusar eventualmente alguém. Encarada em relação a cada um desses fins, é *preparatória* propriamente dita ou *preservadora* da justiça contra acusações infundadas". (MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios**..., op. cit., p. 8).
[73]SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p.25.
[74]MARQUES, José Frederico. **Tratado**..., op. cit., p. 167. Nessa Trilha, Aury Lopes Júnior. assevera que: "Não se deve começar um processo penal de forma imediata. Em primeiro lugar, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não processo. É um grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar. O processo penal encerra um conjunto de "penas processuais" que fazem com que o ponto nevrálgico seja saber se deve ou não acusar". (LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito**..., op. cit., p. 254).
[75]Ibid., p. 254.
[76]FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.
[77]Ibid, p. 23.

da segurança social e ao mesmo tempo garantista, sob o ponto de vista da conservação das garantias do indivíduo. Não há como se admitir um processo eficiente sem garantismo[78].

Deste aduzido depreendem-se dois direitos fundamentais do indivíduo, ambos de grande relevância para o processo penal; o direito à segurança e o direito à liberdade, todos com previsão na Carta Constitucional de 1988. Como consequência, do surgimento destes direitos fundamentais, "os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes provenham segurança e lhes garantam liberdade[79]". Neste recorte, estes procedimentos criados pelo Estado, devem fornecer a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos sujeitos que a este se submetem[80].

O direito que tem o indivíduo de ser submetido a uma fase pré-processual, e processual, eficiente e garantista, pois, deve ser calcado em um sistema de princípios que, para vislumbrar e efetivar um resultado final justo atue através da máquina estatal e coloque em prática as normas repressivas cabíveis ao caso concreto. Dessa maneira, faz-se presente o direito fundamental à segurança do indivíduo. Por outro lanço, o investigado deve estar protegido contra todo e qualquer abuso estatal, desde os mais primórdios momentos da investigação preliminar, devendo ter garantidos "todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade[81]".

Esses sistemas de princípios, inseridos em textos constitucionais e convencionais, estão diretamente conectados ao intrínseco relacionamento que tem o processo e o Estado. A relação entre o processo penal e a efetivação destes princípios garantidores torna o tema mais sensível, levando em consideração que o bem da vida em jogo é a liberdade do indivíduo. Conclui-se, portanto, que o processo penal tem de, sempre, ser analisado através de lentes

---

[78]Nessa trilha, Scarance Fernandes assim ensina: "De um lado, na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, sentiu-se a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõe ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais [...] Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo". (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., 23).

[79]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reflexões sobre as noções da eficiência e de garantismo no processo penal.** In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Coords. **Sigilo no processo penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 9.

[80] Ibid.., p. 9.

[81]Ibid, p. 10. Nesse sentido é a lição de Rogério Lauria Tucci - "E isso, com dois escopos, embora distintos, tendentes, convergentemente, à realização do Direito Penal material, e assim determináveis: a)o de consecução de desiderato de *jurisdicionalização da sanção penal* e, consequentemente, da efetivação do *ius puniendi* mediante, exclusivamente, o exercício do *ius persequendi*; e, b) o de, em regra, afirmação do *ius libertatis*, isto é, da liberdade jurídica da pessoa física, especificada à de locomoção, como autêntico e inarredável fundamento do processo penal, restritivo da coação estatal sempre que excogitados fato penalmente relevante e/ou autoria de crime ou de contravenção." (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos**..., op. cit., p. 36).

constitucionais-convencionais devendo ser verificada a exata subsunção de sua previsão normativa a estes textos. Assim, as normas constitucionais-convencionais não podem mais ser vistas como meros princípios programáticos[82].

Em que pese ser atividade voltada aos interesses repressivos Estatais, a investigação preliminar não pode acarretar ônus excessivo à liberdade do investigado, devendo esta fase pré-processual levar em seu âmago o binômio eficiência-garantismo.

O investigado, sujeito passivo da investigação preliminar, deve ser encarado hodiernamente como sujeito de direitos e não mais como mero objeto da investigação, "coisificado", um simples observador de um procedimento administrativo[83]. Isso se conclui através de uma natural leitura constitucional-convencional desta fase pré-processual, de onde se depreende que em um Estado de Direito como o brasileiro, há uma gama de garantias e princípios de valorização dos indivíduos[84].

Scarance Fernandes observa que em sistemas inquisitórios, ou mistos, é "nula ou diminuta a chance de o sujeito interferir na fase de investigação[85]". Por outro lado, em sistemas acusatórios são ínfimas as oportunidades dadas ao investigado de atuar nesta etapa, antes de ser formalmente acusado.[86]. Ainda, em nosso sistema processual penal, no momento em que é dada ao Ministério Público a supervisão da investigação, deveria o órgão acusatório "coletar dados favoráveis ao investigado", o que não ocorre na realidade[87]. Surge então a preocupação de que o investigado também possa atuar como investigador, em claro contraponto ao trabalho da Polícia Judiciária.

A investigação preliminar traz em seu bojo carga considerável ao investigado. Esta carga consubstancia-se na sujeição do investigado a "uma série de atos e *degradation ceremonies*[88] que integram e são inerentes à própria investigação preliminar[89]". Assim o

---

[82]Jorge de Figueiredo Dias ensina que "tende por quase toda a parte a ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do núcleo essencial daquele direito." (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. 1, p.75).

[83]Scarance Fernandes, neste sentido – "A análise da evolução da fase de investigação mostra que, embora variasse órgão dela incumbido, o seu objetivo sempre foi o de preparar a acusação e possibilitar o julgamento. Se por um lado a existência dessa fase constitui importante garantia contra acusações injustas, por outro, mesmo nos sistemas acusatórios, a pessoa suspeita continuou objeto da investigação. Assim, um dos maiores problemas da investigação criminal foi o fato de ter assumido natureza inquisitorial em praticamente toda a história do processo criminal, sendo sempre impedida ou restringida a participação do investigado". (FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76).

[84]LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 145.

[85]FERNANDES, Antonio Scarance **Teoria geral do procedimento**..., op. cit., p. 82.

[86]Ibid., p. 76.

[87]Ibid., p. 76.

[88]Na lição de Garfinkel: "Degradation ceremonies fall within the scope of moral indignation. Moral indignation is a social affect. Roughly speaking, it is an instance of a class of feelings particular to the more or less organized

investigado estará sujeito, por exemplo, ao comparecimento aos atos de investigação sempre que instado, a medidas cautelares, interrogatórios, acareações, atos de verificação de sua identidade etc.[90]. É fundamental que, desde os primeiros momentos investigação preliminar, o investigado possa contar com absolutamente toda a proteção constitucional e convencional que lhe é conferida objetivando o refreamento do arbítrio estatal[91]. Assim, as garantias constitucionais e convencionais devem ser inseridas na investigação preliminar desde logo, agasalhando o procedimento como um todo.

A inserção destas garantias, desde o início, na investigação preliminar contribui para um processo penal garantidor, instrumento da proteção da liberdade do indivíduo contra a carga acusatória arbitrária estatal. Traz, ainda, "uma nova postura ética do Estado para com o indivíduo submetido à constrição de liberdade, elevando sua condição de pessoa humana independentemente do feito cometido[92] [...]".

Há, indubitavelmente, com a investigação preliminar, ônus ao investigado, sendo que o respeito a direitos fundamentais e garantias constitucionais e convencionais é pauta de rigor, desde o início da atuação da máquina estatal. Nesse sentido, os atores presentes neste importante momento pré-processual devem estar devidamente preparados para entenderem e adotarem os valores garantidores, tanto constitucionais quanto convencionais. Se assim não for, este conjunto de regras "nada mais será que um rol aspirações teoricamente apreciáveis e praticamente inaplicáveis[93]".

Não se pode olvidar de que os direitos fundamentais são o centro do Constitucionalismo atual e a sua guarda e aplicação são a existência de um Estado Democrático de Direito, devendo ter aplicabilidade direta e imediata, vinculando, desta forma, todos os poderes estatais.

---

ways that human beings develop as they live out their lives in one another´s company. Shame, guilt, and boredom are further important instant of such affects". (GARFINKEL, Harold. **Conditions of successful degradation ceremonies.** Chicago: The University of Chicago Press, 1956, v. 61, n. 5, p. 420).

[89]LOPES JR., Aury. **Sistemas**..., op. cit., p.327.

[90]Ibid., p.327.

[91]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 492.

[92]Ibid., p. 25.

[93]Ibid., p. 25.

1.2 AS FORMAS MAIS COMUNS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR COMO INSTRUMENTOS DE GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.2.1 Inquérito policial

No sistema processual penal brasileiro, a investigação preliminar, em regra, pertence à Polícia Judiciária[94]. É atribuição constitucional à polícia, a tarefa de investigar e averiguar os fatos que constam da notícia crime. Sendo tal atribuição constitucional, não se opera no plano da efetividade, como a atribuição de investigação ao Ministério Público. Esta atribuição dada à Polícia Judiciária é normativa pura[95].

Assim, a forma adotada pelo sistema processual penal pátrio para consubstanciar a investigação preliminar foi o inquérito policial[96]. De certo, há outras formas de investigação preliminar em nosso sistema, como por exemplo, procedimentos investigativos criminais, estes capitaneados pelo órgão acusatório, e que serão estudados mais à frente, inquéritos administrativos – levados a lume quando há a necessidade de apuração de responsabilidade de funcionários públicos -, inquéritos parlamentares, carreados no âmbito do Legislativo, através de Comissões Parlamentares de Inquérito[97], entre outros[98]. Com base nessas apurações, e por consequência, indícios de autoria e materialidade delitiva levantados, pode ser oferecida denúncia pelo Ministério Público, tendo em vista a prescindibilidade do inquérito policial para tanto. Qualquer análise que se faça acerca do inquérito policial deve ser permeada por princípios constitucionais e convencionais, de matriz puramente garantista, visando coibir abusos e estender garantias.

1.2.1.1 Funções do inquérito policial

O Código de Processo Penal brasileiro, como já aduzido, nomeia a investigação preliminar de inquérito policial, que é realizado pela Polícia Judiciária e "que será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições" tendo por

---

[94] CF/88 – Art. 144, inc. IV, §4º.
[95] LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito**..., op. cit., p. 264.
[96]"O inquérito policial é a forma por excelência da investigação". (MARQUES, José Frederico. **Tratado**..., op. cit., p. 181).
[97] CF/88 – Art. 58, §3º.
[98]O inquérito não é estritamente policial. O art. 4º, parágrafo único do CPP dispõe que a competência definida neste artigo – apuração de infrações e sua autoria – "não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função".

finalidade a "apuração das infrações penais e de sua autoria[99]". Na lição de Lauria Tucci, "o inquérito policial, no processo penal brasileiro, realiza-se inquisitivamente, ostentando caráter informativo[100]". Traz em seu cerne, portanto, inquirição, que objetiva a apuração de fato, aparentemente ilícito e típico, e sua autoria, coautoria e participação. O inquérito policial, portanto, é procedimento pré-processual, realizado pela Polícia Judiciária, de natureza administrativa, e com finalidade judiciária[101].

Marta Saad ensina que as definições de inquérito policial "variam, conforme se dê maior ênfase a uma ou outra dessas características[102]". Nessa toada, há quem enfatize que o inquérito policial trata-se de feito que visa a apuração de fato aparentemente ilícito e típico, com foco nos atos praticados para desvendar tal acontecimento[103]. Há ainda doutrina que acentua a característica de preparação da ação penal do inquérito policial[104]. Marta Saad, por sua vez, destaca as características do registro e coleta de provas do fato no inquérito policial[105] e pontua as características cautelares deste procedimento[106]. O que nos parece de relevância maior para o objeto deste trabalho, é tratar o inquérito policial como assegurador de direitos e garantias individuais do investigado.

Sendo assim, tanto no plano da normatividade quanto da efetividade, o inquérito policial é modelo de investigação preliminar executado pela Polícia Judiciária, que sobre este procedimento tem total autonomia e controle. Mas, sem prejuízo, o inquérito policial depende diretamente de intervenção judicial, para, por exemplo, a decretação de medidas restritivas de direitos fundamentais[107].

Dessa forma, tem-se que o inquérito policial não pode ser considerado somente mera peça informativa. Sua importância vai além: é fundamento para a acusação, mas também para o arquivamento do feito. Ainda, pode se prestar a embasar a decretação de medidas cautelares, restritivas de direitos fundamentais, como já explanado. Daí ser o inquérito policial elemento

---

[99] CPP – Art. 4º.
[100] TUCCI, Rogério Lauria. **Indiciamento e qualificação indireta**: fase de investigação criminal - distinção. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 72, n. 571, 1988, p. 293.
[101]SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p.139.
[102] Ibid., p. 139.
[103]Nesse sentido, cf. FARIA, Antonio Bento de. **Código de processo penal:** artigo 1 a 393. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, v.1, p. 32. e TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução penal, prisão e liberdade**. Belo Horizonte: Saraiva, 1980, p. 47.
[104]Cf. MARQUES, José Frederico. **Elementos**..., op. cit., p. 123-124. – "Entre nós, a polícia judiciária prepara a ação penal, não apenas praticando os atos essenciais da investigação, mas também organizando uma instrução provisória, a que se dá o nome de inquérito policial [...] Pode-se, no entanto, *instruir* para preparar a ação penal, como no caso da atividade policial [...] O inquérito policial, portanto, é um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal".
[105]SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p.141.
[106] Ibid., p. 142.
[107]LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 156.

de formação de culpa, não podendo ter seu papel relegado a um mero procedimento informativo[108].

A abordagem puramente dogmática do inquérito policial, que em análise reducionista o transforma em peça informativa, mostra-se insuficiente e funciona como "um limite demasiado pequeno para a gama de problemas que surgiam[109]", e surgem, na utilização deste fundamental procedimento de investigação preliminar.

O inquérito policial, como um todo, tem o condão de alterar, de forma dramática, o *status dignitatis* do imputado. É, portanto, uma invasão estatal na liberdade individual, "situação esta legitimada *a priori* pela suspeita razoavelmente fundada de que o suspeito tenha cometido uma conduta penalmente relevante e que mereça apreciação pela máquina repressiva[110]"

Neste raciocínio, tem-se consubstanciada no inquérito policial a equação liberdade *versus* segurança. Vê-se que o Estado, por suas lentes, cria uma normatização processual penal que se adeque a visões políticas dominantes. Assim, este sistema processual penal torna-se permeado pelo conceito "segurança". Por outro lado, o próprio inquérito policial confronta liberdades individuais, criando significante conflito. O equilíbrio buscado nesta equação vem, obrigatoriamente, da adoção de regramentos que balancearão os interesses, tanto do Estado quanto do investigado, servindo o inquérito policial como refreamento, dentre outras funções, da máquina repressora estatal[111].

1.2.2 O indiciamento como forma de contenção ao abuso do poder estatal

A situação jurídica do indivíduo, como já analisado, altera-se de forma incontestável quando contra este há o encontro de um "feixe de indícios convergentes[112]", que o indicam como suposto autor do ilícito penal[113]. Nessa toada, ao obter o *status* jurídico de "indiciado", torna-se a pessoa sobre a qual recai o peso da imputação, titular, portanto, de direitos e sujeito a deveres, todos aplicáveis logo na investigação preliminar[114].

---

[108] SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p.142-143.
[109] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias**..., op. cit., p. 18.
[110] Ibid., p. 19-20.
[111] Ibid., p. 22.
[112]MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. O Indiciamento como ato de polícia judiciária. **Revista dos Tribunais**, n. 577, p. 313, 1983.
[113]Na lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, [...] deduz-se que a instrução preliminar, enquanto preventiva, deve provar plenamente o corpo do delito determinar ao menos veementes indícios de autoria e culpa". – MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios**..., op. cit. p. 42.
[114]Moraes Pitombo aduz que "O suspeito, sobre o qual se reuniu prova de autoria da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser

Vale lembrar que o indiciamento – não o ato, e sim o juízo de atribuição que dele emana - é somente uma das formas de metamorfose do *status* jurídico do indivíduo, de forma que medidas cautelares, por exemplo, também tornam o sujeito investigado, pois sobre ele passa a recair imputação.

Dentro de uma análise etimológica, Moraes Pitombo aponta que indiciar significa "[...] mostrar por vários indícios, permitindo acusação." e o indiciamento é o "ato, ou efeito de assim o fazer[115]". Neste lanço, o indiciamento, levado a cabo na investigação preliminar deve ser, mandatoriamente, resultado da convergência de indícios[116], que apontam para a pessoa como provável autor da infração penal[117] e de forma alguma "[...] há de surgir qual ato arbitrário, da autoridade, mas legítimo[118].", e deve ser baseado em um juízo de probabilidade e não possibilidade.

Ensina ainda Moraes Pitombo que juízo de possibilidade "consiste naquele que, logicamente não é contraditório. Inexistem motivos fortes pró ou contra. Emerge neutral, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não seja. Aflora como suspeito[119]." Já, o juízo de probabilidade

> [...] é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem necessariamente ser verdadeira. Parte de razões robustas, porém ainda não decisivas. Não bastante suficientes, senão para imputar. Surge aneutral, assim: é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de provas colhidos, mas talvez não seja. Deve, portanto, ser indiciado[120].

Importante observar que a testemunha não possui *status* de investigada, e não pode, por suposto, ser submetida a medidas restritivas somente cabíveis a este. O problema surge quando a autoridade policial, sem indiciar, e já tendo angariado mínimos indícios de autoria, ouve o indivíduo como testemunha e priva deste, direitos e garantias que teria como indiciado[121]. Deve o então indivíduo ser prontamente indiciado e interrogado como tal, de

---

indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito." (MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. **Inquérito policial**: novas tendências. Belém: Edições Cejup, 1987, p. 38).

[115]MORAES PITOMBO, Sérgio Marques de. **Inquérito policial**..., op. cit., p. 37.

[116]Ensina Maria Thereza Rocha de Assis Moura que "indício, em sentido amplo, corresponde, modernamente, a sinal, argumento, vestígio, indicação, aspecto, aparência, mostra, rastro, marca, pegada, descoberta, revelação." (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Orientador: Rogério Lauria Tucci. 1991. 177 p. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991, p. 35).

[117]Ou determinadas pessoas de atos típicos, antijurídicos e culpáveis. (MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos de. **Inquérito** policial..., op. cit., p. 38).

[118]Ibid., p. 38.

[119]MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos de. **O indiciamento**..., op. cit., p. 314.

[120]Ibid., p. 314.

[121]Cf. SAAD, Marta. **O direito**..., op. cit., p. 258.

forma a poder gozar de direitos e garantias, bem como sofrer os ônus que ato traz em seu bojo[122].

Testemunhas devem ser ouvidas sempre como testemunhas, prestando informações, em termo de declarações. Indiciados, por sua vez, em interrogatório, com todas as suas garantias. Dentre estas garantias podemos citar a imprescindibilidade da presença do defensor, seja constituído, seja nomeado, sendo a este garantido o direito de entrevistar-se prévia e reservadamente com o suspeito e a fundamental garantia do direito ao silêncio, conforme determina o art. 6º, inciso V, CPP, quando remete o interrogatório aos arts. 185 e seguintes do mesmo códex.

Deve ser feita observação no sentido de que interrogatório tem de ser levado a cabo antes do indiciamento. Isso se dá pois a autoridade policial, após o interrogatório, deve decidir se vai ou não proceder o indiciamento. É bastante possível que o delegado de polícia, após ouvir o indivíduo em sede de interrogatório, decida por não indiciá-lo, pois não se convergiu sobre este feixe de indícios. Dessa forma, a partir do momento em que o autor do delito está identificado deverá a autoridade policial proceder ao interrogatório e posteriormente indiciá-lo[123], se for o caso. Ainda, ao defensor, durante o interrogatório, deve ser assegurado o direito de formular perguntas para o melhor aclaramento da situação e garantir que nenhum abuso que possa tolher garantias e direitos do indiciado, tome curso[124].

Nesta toada, se o que recai sobre o suspeito é esvaziado de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, não deve este tornar-se indiciado, coação esta sanável por *habeas corpus* que terá como finalidade a retirada do indiciamento[125]. Excluídas as hipóteses, por exemplo, de flagrante delito, "das quais emerge a relativa certeza visual, ou presumida da autoria, impositivas de indiciamento[126]", o ato de indiciar deve estar revestido de juízo de probabilidade, devidamente comprovado pelo *fumus comissi delicti*. Por este exposto, discordamos da doutrina que preconiza que o indiciamento "é completamente desprovido de função, vez que consequência alguma para a investigação dele decorre[127]."

O indiciamento padece de diversos problemas em nosso sistema processual penal pátrio, sendo o mais grave deles a falta de normatização, "com momento e forma

---

[122]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.125.
[123]LOPES JR., Aury. **Sistemas**..., op. cit., p.322.
[124]Ibid., p.322.
[125]Moraes Pitombo ensina que: "Assim, em face do agir, que não se enquadra, em tese, ao modelo jurídico-penal; e cuja antijuridicidade não se consegue entrever, nos acontecimentos reconstruídos pela instrução, coagir por indiciamento emerge ilegal." (MORAES PITOMBO, Sérgio Marques de. **Inquérito policial**..., op. cit., p. 38).
[126]Ibid., p. 41.
[127]A doutrina em comento é a de Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias**..., op. cit., p. 150).

estabelecidos em lei[128]", não obstante a presença de inúmeras referências ao indiciado no Código de Processo Penal brasileiro[129]. Assim, discordamos de posição doutrinária que afirma que, diante de ausência de regulamentação legal, poder-se-ia questionar o porquê da existência do ato "indiciamento", tendo em vista que não geraria, na prática, nenhuma consequência endoprocessual[130].

O processo penal, como já explanado, é um sistema escalonado, seja este escalonamento regressivo ou progressivo. Sendo assim, a situação jurídica de "indiciado" pressupõe um grau diferenciado de sujeição da pessoa às vicissitudes da investigação preliminar e acarreta direitos e garantias ao imputado, bem como lhe impõe certos deveres. Ainda, o indiciamento representa "uma concreção de autoria, que será de grande importância para a ação penal[131]". Em nosso sentir, em que pese não termos dispositivos legais em nosso diploma processual que normatize pormenorizadamente o indiciamento, é este, indubitavelmente, de importância ímpar, não devendo ser relegado à condição de mero procedimento[132].

Reflexo direito da falta de regulamentação legal para o indiciamento, em tempos passados, era a desnecessidade de motivação e fundamentação do despacho que o determinava. A autoridade policial simplesmente acostava aos autos lacônica nota, considerando o suspeito então indiciado, sem justificar, motivar, ou fundamentar as razões de seu convencimento[133]. Inadmissível que um ato com grave repercussão processual e social

---

[128]LOPES JR., Aury. **Sistemas**..., op. cit., p.271. Nessa linha, o projeto do novo Código de Processo Penal regulamenta o indiciamento em seu art. 30: "Art. 30. Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de "indiciado", respeitadas todas as garantias constitucionais e legais. § 1º A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia. § 2º O delegado de polícia deverá colher informações sobre os antecedentes, a conduta social e a condição econômica do indiciado, assim como acerca das consequências do crime. § 3º O indiciado será advertido sobre a necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras, e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado. § 4º Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, o delegado de polícia não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes ou seu indiciamento, salvo no caso de existir condenação anterior.

[129]A doutrina é de Fauzi Hassan Choukr. Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias**..., op. cit., p.142.

[130]Choukr aduz que o "indiciado de hoje, não é necessariamente, o réu de amanhã." (ibid., p. 143).

[131]LOPES JR., Aury. **Sistemas**..., op. cit., p.326/327.

[132]Scarance Fernandes, demonstrando preocupação com a falta de regulamentação do indiciamento, aduz que "[...] não cuida o Código do ato do indiciamento, e, por isso, não especifica como e quando deve o indiciamento ser promovido. Esse importante ato fica ao alvedrio da autoridade policial que poderá, livremente, determinar quando alguém passa de suspeito à condição de investigado. Nem mesmo se tem exigido que a autoridade motive a sua decisão." (FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação criminal no direito brasileiro. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, ano 5, n. 21, p.12-13, jul./set. 2002).

[133]Nos ensinamentos de Choukr, "Além de tudo quanto já foi afirmado [...] principalmente quanto à deformidade estrutural do modelo de indiciamento/identificação entre nós vigente, deve ser acrescida, ainda, a corriqueira ausência de motivação do ato, numa postura que tende ao puro arbítrio e fica absolutamente sem controle na atual sistemática." (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias**..., op. cit., p. 162).

fosse tratado de forma tão superficial, ficando o indiciado ao sabor da "convicção" da autoridade policial.

Moraes Pitombo já externava a sua preocupação no que tange o tema, afirmando que: "O mencionado ato, que deve exsurgir por razão determinante – o encontro da autoria – ao elevar o suspeito à categoria de indiciado, necessita aflorar motivado." E isso se dá para que, na motivação do ato "indiciamento", possa-se auferir a legalidade ou não de sua prática[134]. De fato, a concreção fundamentada e motivada do indiciamento não é mera burocracia procedimental, mas forma de garantia da liberdade do indivíduo, "posto que é, no processo penal, ela o eixo[135]."

Ainda, a ausência de regulamentação do indiciamento franqueava ao juiz de direito a possibilidade de requerer ao delegado de polícia o indiciamento do, então, suspeito. Tal "prerrogativa" nada era compatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro, consubstanciado por um sistema processual penal eminentemente acusatório[136]. Essa abertura estendia-se também ao *Parquetier*, que apesar de, em regra, ser titular da ação penal, não preside o inquérito policial, não podendo desta forma, obrigar o delegado de polícia a formar um convencimento indiciário de autoria, com todas as cargas que o ato traz ao sujeito.

Essas mazelas, violação do sistema acusatório e falta de obrigatoriedade para a motivação do indiciamento foram, ao menos em parte, solucionadas com o advento da Lei 12.830 de 2013, que dispõe sobre a condução da investigação preliminar pelo delegado de polícia[137]. O aludido diploma legal incumbiu, exclusivamente, à autoridade policial a tarefa de confeccionar o indiciamento, bem como de fundamentá-lo e motivá-lo, através de análise técnico- jurídica do fato. Dessa forma, cada ator do persecutório, neste mister, volta a ocupar-se de seu papel, evitando a concentração de poderes processuais penais em um único órgão[138].

Ocorre que ainda não temos, em nosso Código de Processo Penal atual, nenhum dispositivo que procedimentalize o indiciamento, quiçá, algum que caracterize,

---

[134]MORAES PITOMBO, Sérgio Marques de. **O indiciamento**..., op. cit., p. 316.
[135]Id. **Inquérito policial**..., op. cit., p. 42-45.
[136]Marcos Zilli, sobre o tema, observa que: "Assim, sem de um lado, figura o acusador que, no exercício de um poder postulatório, aponta e persegue o provável autor ou partícipe da infração penal, do outro, figura o imputado, que exerce o direito de defesa, resistindo, processualmente, à acusação. Intermediando ambos, posiciona-se, de forma imparcial, o juiz, detentos do poder decisório. Com decorrência lógica o equilíbrio e divisão de poderes processuais penais, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e julgador, fator essencial para distingui-lo do sistema marcadamente inquisitório." (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38).
[137]"Art. 2º - "As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado".
§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias."
[138]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa**..., op. cit., p. 39.

pormenorizadamente, a situação jurídica de "investigado[139]". Importante ressaltar que o projeto de Lei – PL 4.209/2001 altera o art. 8º de nosso Código de Processo Penal e traz importante e bastante esperada redação. Narra o referido artigo que; "Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes[140]." A lentíssima tramitação legislativa do aludido projeto dificulta, em demasia, o exercício destas garantias que do indiciamento decorrem, tendo em vista que o texto foi remetido ao Senado Federal em 19 de dezembro de 2008 e aguarda apreciação[141].

Há algumas circunstâncias particulares, no processo penal brasileiro, que culminam em indiciamento. Na prisão em flagrante[142], o indiciamento torna-se certo, pois há uma relativa certeza visual do cometimento do delito. Já nas prisões cautelares, preventiva e temporária, o indiciamento também se impõe, pois nesta, exige-se fundadas razões de autoria e naquela, devem estar presentes indícios suficientes de autoria.

1.2.3 A identificação criminal e a qualificação direta e indireta

Na trilha deste estudo, faz-se importante distinguir indiciamento de identificação criminal e qualificação, seja esta direta ou indireta. A identificação criminal é consequência do indiciamento, e ambos respondem a questionamentos diversos. O indiciamento "responde à indagação: qual é o plausível autor da infração penal?". Já identificação criminal responde à pergunta: quem é tal pessoa?[143].

A identificação "consiste em verificar a identidade e é a sua prova" e objetiva "descobrir a verdade em torno da identidade do indivíduo[144]." Assim, e na esteira do estudo de Moraes Pitombo, identificar "implica dividir, classificar os aspectos não acidentais, ou

---

[139]Nesse sentido, Fauzi Hassan Choukr observa que – "O indiciamento deve ser operacionalizado dentro de outro esquema global de atuação, onde somente teria sentido após uma *procedimentalização mínima*, entendida como coleta dos mínimos elementos de convicção [...] a partir dos quais se possam aquilatar, ainda que de forma precária, autoria, materialidade e elemento subjetivo do tipo." (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias**..., op. cit., p. 153).

[140]Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=75D19FB97AAD2111030C52231960961B.proposicoesWebExterno2?codteor=629105&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4209/2001>. Acesso em: 02 jun. 2018.

[141] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26559> Acesso em: 02 jun. 2018.

[142]Lopes Júnior pontua que a prisão em flagrante não deve ser considerada prisão cautelar, mas sim precautelar, pois visa instrumentalizar futura medida cautelar, como, por exemplo, a prisão preventiva, esta sim, cautelar em sua essência. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 319).

[143]MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. **A identificação processual penal e a Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 77, n. 635, 1988, p. 179.

[144]Ibid., p.173.

conjunto de características reais ou materiais singularizantes do indivíduo para, relacionando, apartá-lo dos demais. Identificar é conhecer, por via das diferenças, singularmente[145].” Questão fundamental atrelada à identificação criminal é se esta é ato de constrangimento ao investigado ou não[146]. O texto constitucional de 1988 trouxe, em seu art. 5º, inciso LVIII, a vedação à identificação criminal, em que pese previsão do Código de Processo Penal pátrio em contrário[147]. Dessa forma, se já civilmente identificado – através de documento válido de identificação, por exemplo – não se submeterá o indivíduo à identificação criminal, reconhecidamente, a identificação datiloscópica[148]. Nesse giro, Ada Pellegrini Grinover, em seu magistério, aduz que “[...] perdeu a eficácia o art. 6º, inciso VIII, do CPP, que permitia a identificação criminal indiscriminadamente; assim como perdeu a eficácia a súmula 568 do STF que havia estabelecido que mesmo com a identificação civil, estaria permitida a criminal[149]”.

O marco regulatório da identificação criminal foi a Lei 10.054, de 2000, tendo sido revogada pela atual Lei 12.037 de 2009. Este diploma regulamenta a identificação criminal, conforme o disposto no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição da República e traz, também, em seu art. 3º as exceções ao disposto no texto constitucional. De acordo com a Lei em comento, ainda que identificado civilmente, o indiciado poderá ser identificado criminalmente quando; (i) o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; (ii) o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; (iii) o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; (iv) a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho de autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do

---

[145]MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. **A identificação...**, op. cit., p.173.

[146]Nesta trilha, Fauzi Hassan Choukr assevera que “A identificação criminal gera a inclusão do indiciado nos cadastros da polícia civil e da justiça criminal e, se por si só a existência de tais registros não servem para influenciar na dosimetria da pena, vez que dependente a majoração da juntada das certidões judiciais, não raras vezes tais dados servem de embasamento para a adoção de uma medida cautelar constritiva de liberdade, mormente por ser curto o espaço de tempo para a tomada de decisão.” -

[147]CPP – “Art. 6º - Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias**..., op. cit., p. 152). Nesse sentido, Moraes Pitombo Afirma que “O suspeito sobre o qual se reuniram elementos incriminadores suficientes e, por isso, terminou *indiciado,* como verossímil autor de infração penal, bem assim daquele que foi preso em *flagrante delito* não devem, em princípio, sofrer a *identificação datiloscópica*, em face da nova Constituição da República.” (MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. **A identificação**..., op. cit., p.179).

[148]Scarance Fernandes ensina que: “A restrição quanto à identificação do criminal do civilmente identificado veio para impedir vexames e constrangimentos a que eram submetidas as pessoas investigadas. Antes da Constituição, considerava-se legítima a identificação criminal de toda pessoa, ainda que certa e portadora de cédula de identidade civil. Neste sentido, a súmula 568 do Supremo Tribunal Federal.” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 239).

[149]GRINOVER, Ada Pellegrini. Polícia civil e as garantias constitucionais. In: DE MORAES, Bismael Batista. (Org.). **A polícia à luz do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 18).

Ministério Público ou da defesa; (v) constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes funções; (vi) o estado de conservação ou distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais[150].

Ainda, o art. 4º da supramencionada Lei traz o cuidado do legislador ordinário em não constranger o indiciado quando da necessidade da identificação criminal, em consonância com a ideia primária do legislador originário[151].

A coleta de material datiloscópico, bem como de fotografias do indiciado gera, invariavelmente, constrangimento, em especial a coleta de material fotográfico, tudo pelo simbolismo e formalidades da identificação criminal. E isso se esclarece através do próprio texto legal que reza que em caso de não oferecimento de denúncia, de sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado que requeira a retirada da identificação fotográfica do feito, desde que apresente provas de sua identificação civil[152]. Pergunta-se; por que a retirada da identificação fotográfica não é permitida assim que o indiciado se identifica civilmente, independentemente de arquivamento do inquérito policial? Parece-nos razoável que, assim que há a identificação civil do indiciado, por qualquer via legal permitida, a retirada de material fotográfico dos autos de inquérito policial deve ser imediata e automática, não devendo depender de ação do próprio.

Ocorre que, não obstante os esforços em regulamentar a identificação criminal, trazendo assim garantias ao indiciado, a Lei 12.654/2012, que alterou o texto original da Lei 10.054/2000, trouxe dispositivo de interpretação duvidosa, acrescentando, dentre outros, parágrafo único ao art. 5ª-A, que diz que em caso da necessidade da identificação criminal para fins de investigações policiais, a coleta de material genético é hipótese que se permite. De certo que os artigos subsequentes ao comentado normatizam a coleta do material genético, e, dessa forma, trazem, mais uma vez, garantias ao indiciado. Assim, há devida proteção às informações colhidas, pois tem caráter sigiloso, devendo conter tão somente a determinação genética de gênero. Estas informações são gerenciadas por unidades oficiais de perícia

[150]Lei 12.037/2009, art. 3º, incs. I a VI.
[151]Lei 12.037/2009, art. 4º - "Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado."
[152]Lei 12.037/2009, art. 7º - "No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil."

criminal e há previsão legal de responsabilização civil, penal e administrativa aos que promoverem ou permitirem uso das informações para fins diversos[153].

Porém, com a permissão legal para se colher material genético com a finalidade de identificação criminal, tem-se clara violação ao princípio da não autoincriminação. Ainda assim, e se há recusa por parte do, ainda suspeito, em cumprir determinação judicial para a coleta do material? Responderá pelo crime de desobediência?

Sem pretender o esgotamento do tema, o que se depreende desta novel legislação é que há a pretensão da criação um banco de dados genético para condenados. As luzes desta lei não estariam focadas, em princípio, no investigado. O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, decidiu, na sede do *Habeas Corpus* de número 407.627 de Minas Gerais, de relatoria da Ministro Felix Fischer, que não configura violação ao princípio *nemo tenetur se detegere* a colheita de material genético de condenado em primeiro grau para a composição de banco de dados[154].

O que não está claro, e deve ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal em breve, é a possibilidade de utilização desse material genético para fins de prova futura em processo penal. Essa questão navega, sem dúvida, pelo princípio da autoincriminação. Pior cenário; a utilização deste material genético colhido sem o conhecimento do indivíduo. O investigado, réu ou condenado tem o direito de não produzir provas contra si e sobre essa garantia deve ser avisado[155].

A qualificação, também desdobramento do indiciamento, refere-se à individuação "da pessoa mencionada no desenrolar da investigação, com a reunião dos dados componentes da identidade civil da pessoa, como filiação, nome completo, data e local de nascimento etc.[156]". Assim, a qualificação é direta quando a autoridade policial toma diretamente do indiciado dados informes como nome, naturalidade estado civil, idade, filiação, domicílio, residência,

---

[153]Lei 12.037/2009, Art. 5º-A – "Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal." – "§ 2º - Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial."

[154]Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Coleta-de-material-gen%C3%A9tico-n%C3%A3o.-afronta-garantia-de-proibi%C3%A7%C3%A3o-de-autoincrimina%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 4 jun. 2018.

[155]A Questão polêmica teve reconhecida a sua repercussão geral. Em seu voto, Gilmar Mendes reconheceu que; "A inclusão e manutenção de perfil genético de condenados em banco de dados estatal não é aceita, de forma unânime, como compatível com direitos personalidade e prerrogativas processuais, consagrados pelo art. 5º da CF. Há decisões de Tribunais de Justiça afastando a aplicação da lei. O STF já acolheu reclamações do Ministério Público, fundadas na Súmula vinculante 10, contra atos de Tribunal de Justiça mineiro que afirmavam a inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, sem observar a reserva de plenário." – Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4991018> Acesso em: 5 jun. 2018.

[156]SAAD, Marta. **O direito de defesa**..., op. cit., p. 261.

etc.[157]. Já a qualificação indireta, dá-se quando o suspeito, de qualquer forma, se furta ao indiciamento, cabível somente se sobre ele, como estudado, recaem provas indiciárias de autoria. Assim, o indiciamento não ocorre da forma como deveria, e a coleta de informes se dá de maneira indireta, sem a presença do, então, suspeito[158].

1.2.4 O Procedimento investigatório criminal

O procedimento investigatório criminal – PIC, disciplinado pela Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. De responsabilidade do membro do Ministério Público, visa "apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal[159]".

Não se pretende discorrer aqui sobre a legitimidade que teria ou não o Órgão Ministerial para investigar. Mesmo porque, tal tema já foi perquirido pelo Plenário da Corte Suprema, em sede de repercussão geral, que, que entendeu ser o Ministério Público apto a conduzir investigações através de procedimentos investigativos próprios[160], desde que "respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado". Assim, para fins desse tópico dissertaremos somente acerca de questões formais do procedimento investigatório criminal, de forma que esse embasamento teórico contribua para a discussão da violação do direito à imagem do investigado.

De natureza administrativa e prescindível, o Procedimento Investigatório Criminal não é considerado condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal. Ainda, "poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal de iniciativa pública, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação[161]".

Aqui, como em qualquer procedimento de investigação preliminar, a observância dos direitos e garantias individuais do investigado é de rigor e deve prevalecer em qualquer ato investigativo presidido por membro do *Parquet*. Isso ocorre pois há a possibilidade de restrição de liberdades por parte do investigado, seja essa liberdade física, seja patrimonial. O *Parquetier*, no curso de um procedimento investigatório criminal, pode requerer ao juízo

[157]MORAES PITOMBO, Sérgio Marcos. **A identificação**..., op. cit., p.173.
[158]TUCCI, Rogério Lauria. **Indiciamento**...cit., p. 293.
[159]Art. 1º da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, com redação da pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018.
[160]RE 593727, Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/5/2015, publicação em 8/9/2015).
[161]Art. 3º da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, com redação da pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018.

competente restrições pessoais ou reais, como por exemplo, decretação de prisão preventiva ou temporária, quebra de sigilos bancário/fiscal ou o sequestro/arresto de bens, por exemplo[162].

Assim, e como outrora pontuado, quando há a possibilidade de restrição de liberdades, o investigado deve gozar de toda a proteção constitucional e convencional que lhe é conferida. A utilização de Procedimentos Investigatórios Criminais em casos de repercussão nacional, e geralmente o procedimento é adotado somente nessas situações, pode acarretar constrangimentos e violações aos envolvidos.

A Lei 12.850/2013, por exemplo, que traz em seu conteúdo normativas relativas aos crimes cometidos por organizações criminosas, disciplinou também o instituto da colaboração premiada. Com a novel legislação, os procedimentos investigatórios criminais tornaram-se conhecidos do grande público, principalmente no âmbito de investigações oriundas de operação conhecida como "Lava Jato". Tal temática será abordada em tópico próprio, quando problematizarmos a violação do direito à imagem dos investigados – e também colaboradores – nas operações policiais/ministeriais de repercussão nacional.

[162]Art. 7º da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, com redação da pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 – "O membro do Ministério Público, observadas as hipóteses de reserva Constitucional de jurisdição e sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional, poderá: (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) I – fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências, inclusive em organizações militares; II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; III – requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral; IV – notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais; V – acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária; VI – acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária; VII – expedir notificações e intimações necessárias; VIII – realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos; IX – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; X – requisitar auxílio de força policial".

2 O DIREITO À IMAGEM E O INVESTIGADO

2.1 DIREITO À IMAGEM E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO FUNDAMENTO PARA A PRESERVAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO

Após a definição do momento em que surge a situação jurídica de "investigado", bem como análise dos procedimentos mais comuns de investigação preliminar no processo penal brasileiro, imperioso discorrer sobre a presunção de inocência e seu papel na preservação do direito à imagem do investigado.

Dentro da tônica criminológica pode-se dizer que o investigado, mesmo antes de ser denunciado e eventualmente processado, torna-se vítima do *labeling approach.* Entende-se por *labeling approach* o fenômeno de etiquetamento do indivíduo, onde o crime e a criminalidade tornam-se construções sociais[163]. Na perspectiva da criminologia o

[163] Sobre o surgimento da Teoria do Labeling Approach, posiciona-se Berk: "The study of deviance has been shaped by a variety of streams of influence over the years each pulling the field in diferente directions. The earliest roots of the study of deviance can betraced to Emile Durkheim's (1897) pioneering investigation of suicide, over a century ago, in which he established a relationship between the organization of society and rates of suicide. From the onset, a dominant stream of influence has been this 'positivistic' perspective where 'deviance' referred to norm-violating behavior, such as crime, delinquency, suicide, alcoholism, etc., and research was oriented toward identifying the social causes or etiology of the norm-violating behavior as well as its consequences upon the larger Society. In the 1960s, however, the traditional positivistic perspective was eclipsed by what has been characterized as the labeling, societal reaction, or the interactionist perspective. The roots of this perspective can be traced to a second line of investigation of Durkheim (1895) in The Normal and the Pathological, which shifted attention from how society generated nonconforming behavior to how and why society created criminals through societal reaction. Durkheim's primary focus in this work was on macroanalysis, establishing the functional paradigm, and applying the paradigm to the study of the (positive) contributions of crime/punishment in establishing and maintaining social order and cohesion in society. However the societal reaction perspective did not gain traction until over half a century later in the 1960s, where it was redirected away from functionalism and macroanalysis toward microanalysis with a focus on social process rather than social structure. This shift in focus was largely the result of the very strong influence that both symbolic interactionism and the Chicago School had on the field of deviance and redirected the societal reaction perspective toward microanalysis and a focus on social interaction. The works of early pioneers such as Tannenbaum (1938), Lemert (1951, 1967), Becker (1963), Goffman (1961, 1963), and Scheff (1966) brought labeling theory front and center to a position of preeminence in the field. Labeling theory generated much interest, research, and excitement in the field and continued to dominate the study of deviance for almost the next quarter of a century. It gave rise to a variety of theories and research studies which redirected the traditional positivistic study of deviance toward new issues and concerns. Though its popularity began to wane by the 1980s, its legacy remains a vital perspective today in the study of deviance. Since the late 1990s there has been a resurgence of articles and books focusing on evaluating labeling theory, reinterpreting and refining the theory, and applying it to new areas of study. Labeling theory is thoroughly embedded in the fabric of deviance theory today. Several outstanding recent histories of labeling theory have documented the resurgence of deviance theory". (BERK, Bernard. **History of labeling theory.** Los Angeles: International encyclopedia of the social & behavioral sciences, 2015, p. 150). Ainda, Shecaira, sobre o tema, observa que: "É, portanto, a partir do *labeling* que a pergunta feita pelos criminólogos passa a mudar. Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais são as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?". (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 291).

etiquetamento se dá quando a identidade do sujeito passa a ser modelada durante o processo de interação entre ele e seus pares.

Transladando o *labeling approach* para o processo penal, mais especificamente para a investigação preliminar, tem-se que uma das consequências da exposição arbitrária da imagem do investigado é a subtração de sua identidade, substituindo-a por outra, estigmatizada e corrompida. Em suma, o processo penal, e aqui tratamos da fase investigatória, sem prejuízo das demais, é uma evidente atividade de etiquetamento[164].

De fato, os abusos cometidos pela imprensa, com participação dos órgãos da persecução, no que diz respeito à exposição do investigado contribuem para o seu etiquetamento, tornando-o, aos olhos do grande público, pessoa de "alta periculosidade", "delinquente", "criminoso"[165]. Mesmo sem a exposição midiática, o processo penal já é, *per se,* uma cerimônia de degradação, onde o sujeito é despido de sua identidade e vestido, forçadamente, com outra. Com a exposição abusiva da imagem do investigado à imprensa, o fenômeno da *degradation ceremony* potencializa-se e os danos sociais causados ao investigado tornam-se maiores e mais evidentes, mesmo antes de acusação formal[166].

Nessa toada, a presunção de inocência é o princípio constitucional que recebe maior grau de deterioração, quando da ação da mídia[167]. Não raro, é apontada como causa de impunidade e da "tibieza estatal no combate à criminalidade[168]", quando deveria ser o mais

---

[164]LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 61.

[165]Na lição de Ana Lucia Menezes Vieira: "A mídia aponta, estampa, acusa o infrator – agora reconhecido publicamente como tal na sociedade -, que, por sua vez, deverá responder pelo que lhe é atribuído, como um caminho sem volta. Esse tipo de imprensa utiliza-se de formas sádicas, calunia e ridiculariza as pessoas. Explora os temas agressivos, dos submundos da sociedade hierarquizada onde o crime se integra em condições de normalidade. É o jornalismo de escândalo que tem por fim agredir com o que é proibido, obsceno, temido, criando uma ficção que seduz. Não se presta a informar, e sim a vender aparência, entretenimento barato que consiste no lado atraente dos escândalos envolvendo crimes". (PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade...,** op. cit., p. 53).

[166]LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 61. constata que "A pessoa submetida ao processo penal perde sua identidade, sua posição e respeitabilidade social, passando a ser considerada desde logo como delinquente, ainda antes mesmo da sentença e com o simples indiciamento.. Em síntese, recebe uma nova identidade, degradada, que altera radicalmente a sua situação social. Ademais, se o processo como um todo pode ser considerado uma cerimônia degradante, no seu interior é possível identificar determinados atos que aumentam esse grau de vexação, especialmente as medidas cautelares pessoais e a publicidade abusiva dos atos de investigação ou do processo".

[167]SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade.** Belém: CEJUP, 1994, p.104, já observava que "As acusações formais acarretam geralmente uma presunção de culpa oriunda do meio social que neutraliza a presunção de inocência. Esta, embora constitua um direito (o direito de ser presumido inocente) não tem força bastante para se impor à comunidade a qual, por força da liberdade de expressão do pensamento, exerce também um direito; o direito de julgar".

[168]BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista do Advogado,** São Paulo, v. 32, n. 117, p. 184. out. 2012.. Nesse sentido, ILLUMINATI assevera que; "Parlare de presunzione d'innocenza dell'imputato potrebbe aparire anacronistico in um momento nel quale criminalità e terrorismo – preoccupanti manifestazioni degenerative degli squilibri patologici della nostra società – hanno posto al centro dell'attenzione i problemi dell'ordine pubblico e della repressione dei reati. Il processo penale viene indicato, anche al di là del suo ruolo típico, quale banco di prova della saldezza delle istituizioni democratiche. Il fenomeno è

importante instrumento de proteção à intimidade do investigado e consequentemente à sua imagem[169]. Seguro que a agressão a tal princípio, reitor do processo penal[170], traz consequências endoprocessuais e extraprocessuais. Na seara externa, pode-se afirmar que a presunção de inocência, que deveria ser instrumento eficaz a coibir abusos contra a estigmatização precoce do investigado e utilizada, portanto, como limite democrático "à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso[171][...]", sofre duros golpes nas mãos do sensacionalismo midiático[172]. Nesse sentir, e na lição de Giulio Illuminati, os meios de comunicação contribuem, prejudicialmente, para a formação de uma opinião pública deturpada e isso se dá, principalmente, quando o persecutório penal encontra-se em seu nascimento[173].

---

compreensibile: non solo per l'aspetto strutturale, che al processo compete, di pubblica riaffermazione dei valori dominanti, ma soprattutto per l'assenza di uma risposta política adeguata ai problemi di fondo. Sull'amministrazione della giustizia si scaricano cosí le contradizioni irisolte e le tensioni sociali che caratterizzano Il sistema*".* (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato.** Bologna: Zanichelli, 1979, p.1).

[169]Nesse sentido ensina Aury Lopes Jr.: "A presunção de inocência, como sistema de proteção formal, deveria ser o mais importante instrumento de proteção contra a estigmatização, de modo que, quanto maior for a eficácia real do princípio, menor deve ser o prejuízo para o indivíduo. Sem embargo, a realidade demonstra que a presunção de inocência falha nos dois planos: a) no jurídico, porque não impede as penas processuais; b) no social, porque a publicidade abusiva e os juízos paralelos condenam o sujeito passivo ainda antes mesmo do processo penal começar, com a simples investigação policial (nesse sentido, entre muitos outros, o triste exemplo do caso da Escola Base em São Paulo). (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 61). No tocante ao caso Escola Base, Ana Lúcia Menezes Vieira assinala que "o arquivamento foi insuficiente para garantira inocência dos suspeitos, cuja presunção deveria ter sido assegurada desde o início das investigações. Ainda hoje eles cumprem a pena aplicada pelos policiais responsáveis pela apuração dos fatos e pela imprensa: a pena de exclusão social. (VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 168).

[170]LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226.

[171]Ibid., p. 230.

[172]BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**, São Paulo: Max Limonad, 2002, p.113., assevera, nesse sentido, que "É frequente assistirmos pela televisão à exibição, pela polícia, de pessoas detidas por envolvimento em fatos criminosos, ainda na fase de apuração de autoria, e que se veem precocemente submetidas a verdadeiro julgamento público. Essas pessoas, meros suspeitos, podem não ser culpadas e conseguir provas de sua inocência. Mas a divulgação de seus rostos pela imprensa, a sugerir que se tratam de criminosos é fato irreparável [...]". Sobre o tema, Scarance Fernandes observa que: "Deve-se evitar a publicidade sensacionalista, como as transmissões de julgamentos por rádio ou televisão. Expõe demasiada e desnecessariamente os protagonistas da cena processual ao público em geral e causa constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas". (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 76).

[173]Nesse sentido, Illuminati assevera que: "Un índice significativo di questo difuso modo di pensare è rappresentato dal comportamento della stampa e degli altri mezzi di comunicazione di massa. Al tempo stesso, i mezzi di comunicazione di massa contribuiscono enormemente, in maniera spesso spregiudicata, alla formazione dell'opinione pubblica: Il condizionamento, del resto, agisce in entrambi i sensi. In presenza di queste complesse interazioni, che a loro volta non sono prive di efficacia sull'andamento stesso del processo, finisce col venir meno anvhela preminenza assoluta dell'interesse alla correnttezza formale dell'accertamento, nel rispetto dei diritti dell'imputato. Il più delle volte l'intervento della stampa è particolarmente incisivo nelle prime battute del procedimento, quando, a rigor di logica, l'incertezza à massima, e Il rispetto della presunzione d'innocenza imporrebbe, quanto meno, un riserbo. Col passar del tempo, la partecipazione tende ad affervolirsi, e spesso la sentenza definitiva passa inosservata. Si tratta di un'ovvia conseguenza della durata pluriennale dei processi; ma, al tempo stesso, di uma conferma del fatto che la rilevanza sociale della giurisdizione penale raggiunge Il suo massimo all'inizio del processo, e le funzioni di esemplarità e prevenzione si sono transferite dalla punizione –

A consciência social, influenciada diretamente pela imprensa, desconhece a presunção de inocência, sendo pouco sensível à sua aplicação. A situação se torna mais gravosa quando o indivíduo é preso em flagrante delito ou a ele é atribuída medida cautelar. Nesses casos, sua presumida inocência assume, com mais veemência, o valor de responsabilidade penal[174].

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.2.1 Considerações iniciais – sistema global de proteção aos Direitos Humanos

O verdadeiro fundamento de validade dos direitos humanos – e do direito em geral – não deve ser buscado "na esfera sobrenatural da revelação religiosa[175]" nem em uma "abstração metafísica – a natureza – como essência imutável de todos os entes do mundo". Os direitos humanos encontram seu fundamento de validade no próprio homem, tendo em vista que "o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente daquele que o criou[176]", de forma que "tudo gira, assim, em torno do homem e de sua eminente posição no mundo[177]."

Nessa toada, a concepção de defesa dos Direitos Humanos surgiu com o final da 2ª Guerra Mundial[178], dada a premente necessidade de se evitar novo cometimento das barbáries perpetradas durante o conflito[179]. A constituição da Organização das Nações Unidas, em 1945, foi marco fundamental para que os Direitos Humanos fossem propalados aos mais diversos Estados, e para que fossem arbitradas sanções ao seu não cumprimento. Dessa forma,

---

indefettibilie – del condannato, alla punizione – aritraria – dell'imputato*"*. (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione**..., op. cit., p.8).

[174]ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione**..., op. cit., p. 7.

[175]COMPARATO. Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos.** São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 1997, p. 7. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em 05 dez.2019.

[176]Ibid., p. 7.

[177]COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

[178]Id.. A declaração universal dos direitos humanos 1948. **Juízes para a democracia**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 9., out./dez. 1998.

[179]Nesse sentido, Comparato afirma que: "Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal dos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos". (COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos**...cit. p. 54).

tem início um sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos, inscrevendo-os nos mais diversos diplomas internacionais[180].

Após a primeira fase de formação dos Direitos Humanos, de caráter filosófico, e a segunda, de positivação interna em cada Estado, havia a necessidade de selar a implantação de um sistema completo de Direitos Humanos. Isso se deu com a positivação internacional e vinculação universal dos Direitos Humanos, de forma que, a partir daquele momento, os Estados não mais estariam completamente aptos a deliberar sobre o tema[181]. Violações sobre as normas então positivadas poderiam gerar sanções, tanto em termos políticos, quanto econômicos.

Nesse mister, Cançado Trindade observa que, ao reconhecimento de direitos, "deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los, igualmente no plano internacional[182]", de forma que este é um "imperativo de equidade que contribui à instrução e transparência do processo[183]". Dessa forma, a jurisdicionalização da proteção franqueada pelos mecanismos convencionais interessa tanto aos demandantes quando aos Estados demandados, impondo-se a "consolidação da plena capacidade processual dos indivíduos, como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos[184]".

Uma vez internacionalmente positivados, e constantes dos ordenamentos jurídicos dos Estados, havia crescente preocupação da comunidade internacional em garantir a aplicação dos Direitos Humanos por cada Estado-membro. Assim, o Poder Constituinte dos Estados torna-se cada vez mais atrelado ao regramento e princípios do direito internacional. O Direito Internacional passa a ser parâmetro de validade das cartas constitucionais nacionais. Assim, um Poder Constituinte nacional, isolado de uma política de aplicação e observância das normas internacionais de Direitos Humanos, não observa princípios materiais de política e direito internacional essencialmente formatadores do Direito interno[185].

---

[180]PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p.8-9.

[181]Sobre o tema ensina Flávia Piovesan – "Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado, o sistema normativo internacional de proteção dos Direitos Humanos. E como se se projetasse a vertente de um Constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos". (PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos**, op. cit., p. 11).

[182]TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 116.

[183]Ibid., p. 116.

[184]Ibid., p. 116.

[185]Nessa toada – "Fortalece-se a ideia de que a proteção dos Direitos Humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1 ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos Direitos Humanos isto é, transita-se de uma concepção "hobbesiana" de

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, traz em seu bojo uma concepção contemporânea dos Direitos Humanos, os tornando universais e indivisíveis[186]. A partir daí, um sistema internacional de proteção desses direitos surge, composto por tratados internacionais "que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos Direitos Humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos[187]".

Mesmo assim, houve resistência para aceitar as "convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética. Ucrânia e Rússia Branca Tchecoslováquia. Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e África do Sul abstiveram-se de votar[188]". De qualquer forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos retomou os ideais dos revolucionários franceses, representando "em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens [...][189]".

Como instrumentos formadores do sistema global de proteção aos Direitos Humanos foram confeccionados, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). A Comissão de Direitos Humanos da ONU, redatora dos pactos, visava, com essa ação, que tais documentos, estruturalmente concebidos para serem "tratados", trouxessem melhor interpretação aos princípios constantes na Declaração Universal de Direitos do Homem. Havia também a necessidade da criação de mecanismos de controle internacional para o monitoramento dos Estados no que tangesse o cumprimento de tais princípios e eventuais sanções à sua não observação[190]. Ambos foram ratificados pelo Brasil em 06 de julho de 1992, via Decreto 592 e 591, respectivamente.

---

soberania, centrada no Estado; para uma concepção "kantiana" de soberania, centrada na cidadania universal; e 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania". (PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos**..., op. cit., p. 12).

[186]Explicando a universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos, Flávia Piovesan observa que: "Universalidade porque clama pela extensão universal dos Direitos Humanos, sob a crença de que a condição de pessoa e o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os Direitos Humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais". (PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos**, op. cit., p. 12).

[187]Ibid., p. 13.

[188]COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos**...cit. p. 222.

[189]Ibid., p. 223.

[190]STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 37.

Assim, com a edição dos dois pactos mencionados, somados à Declaração Universal de Direitos dos Homens, tem-se a *International Bill of Rights* (Carta Internacional de Direitos Humanos), que é o ponto de partida para a formação de um sistema global de proteção aos Direitos Humanos.

2.2.2 Sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos

Do sistema global de Direitos Humanos, exsurgem os sistemas regionais de proteção. Os sistemas regionais (Europeu, Americano e Africano) buscavam integração com a normativa global da ONU de forma que se complementassem. A necessidade de proteção e concretização dos Direitos Humanos fez com que os sistemas regionais interagissem em prol dos indivíduos protegidos. Entre si, portanto, os sistemas regionais se complementariam. Em consonância com o sistema global, dessa forma, os sistemas regionais trariam proteção completa e a fundamental concretização dos Direitos Humanos, não somente pelo viés filosófico como também jurídico.

Na toada da criação dos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, surge o sistema americano. Deve-se atentar para o fato de que a Declaração Americana sobre Direitos Humanos é anterior à Declaração Universal dos Direitos do Homem e foi concebida a partir de proposta do Comitê Jurídico Interamericano[191]. Adotada em abril de 1948 pela Conferência Internacional Americana, em Bogotá, teve papel fundamental na elaboração da Declaração Universal, tendo em vista que sua adesão por países americanos foi primordial para que a carta da ONU recebesse grande apoio[192]. Ainda, na mesma Conferência, o Brasil, sempre bastante participativo nas discussões envolvendo a gênese de normativas protecionistas de Direitos Humanos, propôs a constituição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil, por conta da realidade política, resumida no período de ditadura militar, apresentou grande resistência em apoiar um sistema americano de proteção aos Direitos Humanos, escolhendo fundear-se no sistema global já em vigor na época, por razões óbvias. A adesão à Convenção Americana deu-se somente em 1992, com a já promulgada Carta Política brasileira de 1988.

A Declaração Americana de Direitos Humanos dispõe sobre diversos mecanismos de proteção do indivíduo contra abusos estatais, dentre os quais pode-se destacar o direito à

[191]PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos**..., op. cit., p. 88.
[192]STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana**..., op. cit., p. 48.

justiça (art. XVIII), o direito de proteção contra prisão arbitrária (art. XV) e a presunção de inocência (art. XXVI)[193].

2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Primeiramente, para a melhor compreensão e explanação do tópico, compete diferenciar Direitos Humanos de Direitos Fundamentais, mesmo que sinteticamente. COMPARATO, nesse sentido, observa o visível pleonasmo presente na expressão "direitos humanos" ou "direitos do homem", explicando que tais termos são utilizados por serem os Direitos Humanos inerentes "à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos[194]".

Pergunta-se então; como reconhecer o caráter de obrigatoriedade dos Direitos Humanos no meio social, aplicando a estes vigência efetiva[195]? É nesse momento que se propõe a distinção, primeiramente elaborada pela doutrina alemã (*Grundrechte*), que diferencia Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, sendo os últimos "direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional. São os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais[196]".

Nesse mister, Ada Pellegrini Grinover ensina que há de se distinguir liberdades públicas de direitos do homem, que são conceitos estabelecidos em planos diversos pois "os direitos do homem indicam conceito jusnaturalista, enquanto as liberdades públicas representam um reconhecimento dos direitos do homem, através do direito positivo[197]". Assim, ensina Grinover, os direitos do homem abarcam conceito que "prescinde do reconhecimento e proteção do direito positivo, existindo ainda que a legislação não os

---

[193]Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019. Ainda, sobre o tema, atenta Piovesan: "Substancialmente, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tal como ocorre com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. No universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à compensação em caso de erro judiciário; o direito à privacidade; o direito à liberdade de consciência e religião; o direito à liberdade de pensamento e expressão; o direito à resposta; o direito à liberdade de associação; o direito ao nome; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a lei; e o direito à proteção judicial". (PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos**..., op. cit., p. 88).
[194]COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos**..., op. cit., p. 56.
[195]Ibid., p. 56.
[196]Ibid., p. 56.
[197]GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal:** as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 11.

estabeleça nem os assegure[198]". Por sua vez, as liberdades públicas são direitos do homem que o Estado "transferiu do direito natural ao direito positivo[199]".

Assim, os Direitos Fundamentais, que são Direitos Humanos reconhecidos pela autoridade política competente, trazem segurança para as relações sociais, bem como exercem "função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva[200]".

A presunção de inocência já encontrava-se delineada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu art. 14.2[201]. Posteriormente, a Convenção Americana a plasmou em seu art. 8.2, artigo este voltado à proteção do indivíduo no tocante às garantias judiciais processuais penais[202], como já observado.

Consonante com a Convenção Americana[203], a Constituição de 1988 trouxe em seu texto todas as garantias naquela abarcadas, incluindo a presunção de inocência. Assim, o Brasil passou a ter um sistema penal fundamentado na presunção de inocência, devendo cuidar para que esse direito fundamental seja observado, tanto na práxis legislativa como judicial, sob pena de sanções internacionais[204]. Com cediço, a mera normatização de Direitos Humanos não basta para a sua efetivação.

Assim, a Constituição Federal de 1988 reparou erro fundamental, recorrente em constituições anteriores ao incluir em seu texto a presunção de inocência, O novo texto constitucional tinha a obrigação de desvencilhar-se de vez do autoritarismo que o antecedeu, deixando claro que a proteção ao cidadão era mais importante do que o Estado e sua defesa. Manter o imputado presumidamente inocente era papel mandatório do legislador constituinte. A instauração do Estado Democrático brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988,

---

[198]GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades...,** op. cit., p. 11.
[199]Ibid., p. 11.
[200]COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos**..., op. cit. p. 57.
[201]Art. 14.2 - Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa."
[202]Art. 8.2 – Convenção Americana de Direito Humanos – "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]".
[203]A importância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos está refletida na alta carga de proteção conferida ao indivíduo. Na lição de Steiner, a CADH cria "deveres negativos" e "deveres positivos" para os Estados. Os "deveres negativos" vedam ao Estado a prática de qualquer ato violador das disposições da Convenção. Já os "deveres positivos" compelem os Estados para que assegurem as condições necessárias ao cumprimento do texto integral da Convenção. (STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana**..., op. cit., p. 50). Ainda sobre o tema, destaca Piovesan: "Em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, o Estado-parte tem a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados". (PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos**..., op. cit., p. 88).
[204]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 159.

primou pela proteção do cidadão, trazendo na positivação de direitos humanos o seu resguardo.

2.3.1 As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e seu reflexo na presunção de inocência – o caminho até a proteção da imagem do investigado

Não se pretende neste trabalho analisar profundamente o tema "direitos fundamentais", que mereceria esforço exclusivo; pretende-se, porém, trazê-lo à perspectiva processual penal, de forma que a presunção de inocência, como direito fundamental que é, seja por ele abarcada. Para isso, entretanto, há que se fazer um recorte da análise dos direitos fundamentais por uma perspectiva objetiva e subjetiva. Nessa trilha, tem-se que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão, tendo em vista que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, como elementos objetivos fundamentais[205].

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, principalmente os relativos ao direito de defesa[206] - direitos fundamentais de primeira geração – sempre pautaram-se pelo estabelecimento de uma relação travada entre seu titular e seu destinatário. Com o passar do tempo, entretanto, percebeu-se que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais debruçava-se, em verdade, não somente sobre o titular e o destinatário desses direitos, como também sobre seu objeto[207]. Tal entendimento passou a ser considerado após o surgimento dos direitos sociais, de segunda geração, pois. Assim, pode-se afirmar que, na prática, ao titular de um direito fundamental "é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário[208]".

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao ser percebida e valorizada, contribuiu para que ações públicas e privadas fossem executadas com o fito de que esses direitos pudessem ser concretizados e tivessem seus efeitos ampliados. E assim também pode-se afirmar em relação aos direitos fundamentais relacionados ao processo penal. Dessa forma, importante pontuar que as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais aplicam-

---

[205]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165.

[206]Nesse sentido, ensina Sarlet: "De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção das funções dos direitos fundamentais – em que pese o reconhecimento de diversas outras no âmbito de sua dimensão subjetiva e objetiva – continua ocupando um lugar de destaque, transcorridos mais de duzentos anos de história dos direitos fundamentais" (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia**..., op. cit., p. 196).

[207]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 226.

[208]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia**..., op. cit., p. 177.

se à presunção de inocência de forma que tais servem como "balizas técnicas seguras e preparam os subsídios necessários para [...] definir-se seu conteúdo essencial e quando é legítima ou ilegítima a intervenção estatal nesse conteúdo[209]".

Assim, os direitos fundamentais aplicados ao processo penal, nas palavras de Dimoulis e Martins[210], tem como fundamento principal "conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, consequentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado".

2.3.1.1 Perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais

Pela lógica da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, tem-se, que o indivíduo, em relação ao Estado, ocupa posição de vantagem, o qual se obriga a se abster, dentro do espectro da norma atribuída em favor do titular do direito. Os direitos fundamentais de primeira geração possuem posicionamentos jurídicos subjetivos, atribuídos a todo e qualquer indivíduo[211]. Dessa forma, a dimensão subjetiva é fundamental na estrutura dos direitos fundamentais e mostra-se "preponderante na sua aplicação prática[212]".

Pela perspectiva do indivíduo, então, o direito fundamental é subjetivo e o coloca em posição de vantagem em relação ao Estado, que é o destinatário da norma. Para o Estado, entretanto, o direito fundamental subjetivo é uma normativa negativa, que tem por objetivo limitar a sua atuação. Nessa toada, exemplificando, na medida em que se garante ao indivíduo o devido processo legal (CF 88, art. 5ª, inc. LIV), ao Estado se proíbe aplicar pena antes de submetê-lo a um processo justo. Da mesma forma, se não é possível considerar o imputado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF 88, art. 5ª, inc. LVII), a ele não será aplicada a pena antes do exaurimento da seara recursal.

Deve-se atentar para o fato de que os direitos fundamentais analisados pela perspectiva subjetiva não tangem somente o indivíduo, mas também a coletividade, por serem essenciais para a manutenção das relações sociais. Da mesma forma, os direitos fundamentais processuais penais (de defesa), devem dirigir-se à coletividade como um todo, pois, como

---

[209]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 227.
[210]DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.
[211]VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 82.
[212]Ibid., p. 82.

pontuado, interessam para a vida em sociedade[213]. Essa visão de coletividade vem de encontro ao mito de que o dualismo "'interesse público punitivo *versus* interesse individual de liberdade" é intransponível.

2.3.1.2 Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais

A perspectiva objetiva tomou maior importância quando da observação dos direitos sociais. Há a percepção, a partir desse momento, de que os direitos fundamentais, além do seu aspecto relacional subjetivo, têm também importância objetiva, no que toca seus pontos normativos.

Complementando a dimensão subjetiva, a perspectiva objetiva traz conformidade, parametrização e informação àquela. Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz efeitos jurídicos complementares à dimensão subjetiva, que, preenchem espaços normativos não alcançados pela leitura subjetiva desses direitos[214]. De acordo com Vieira de Andrade, a dimensão objetiva vem reforçar a "imperatividade dos direitos individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida em sociedade[215]".

Importante ressaltar que a normatização de um direito fundamental requer o estabelecimento de parâmetros atinentes à atuação estatal sendo confeccionada para tanto estrutura "normativa, organizacional e procedimental[216]", sem que haja a necessidade da presença de um caso concreto. Dessa forma, a infraestrutura mencionada, criada pelo Estado para o direito fundamental normatizado, dentro da perspectiva objetiva, deve não somente estar apta a garantir a atuação do Estado durante o exercício do direito fundamental; deve também assegurar que o direito fundamental contido na norma possa ter seu exercício

---

[213]Sobre o tema, ensina Zanoide de Moraes: "Mesmo limitando o exame dos direitos fundamentais processuais penais como direitos de defesa (de resistência, de liberdade ou de *status negativus*), ressurte importante ao operador notar que eles não têm apenas feição individual, mas também conotação coletiva, porquanto essencial para a vida em sociedade. Essa consciência de ampliação de perspectiva – do individualismo liberal para o coletivo, típico de um Estado Democrático e Social de Direito – desmistifica o que para muitos está na base de um dualismo insuperável e que acompanha o processo penal desde o conflito entre a Escola Clássica e a Escola Positiva; a luta entre o interesse público de punir contra o interesse privado à liberdade".

[214]Vieira de Andrade trata a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como uma "mais valia" da dimensão subjetiva observando que "Mau grado a sua posição central e nuclear na estruturação jurídica da matéria, o «direito» (isto é. A posição jurídica subjectiva) fundamental não explica todas as consequências jurídicas resultantes da consagração de direitos fundamentais, ou seja, não abarca toda a relevância jurídica dos preceitos constitucionais atinentes a esta matéria. É precisamente a esses restantes efeitos, a essa «mais-valia» jurídica que se pode dar o nome de dimensão objectiva, que se manifesta, quer em sentido valorativo ou funcional, quer em sentido estrutural." (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais**..., op. cit., p. 143).

[215]Ibid., p. 115.

[216]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 227.

garantido mesmo antes de ser necessária a sua utilização. Isso se dá para que a abrangência desse direito fundamental seja a maior possível[217].

Nessa trilha, a força normativa do direito fundamental deve vir a lume não somente durante o exercício desse direito

> [...] mas se projeta mesmo antes da relação subjetiva surgir, quando ainda não há conflito ou necessidade imediata para sua utilização, percebe-se como a dimensão objetiva daqueles direitos contribui de forma contundente com o rompimento com sua origem liberal (indivíduo versus Estado)[218].

Por essas lentes, é possível realizar que os direitos fundamentais processuais penais são direitos subjetivos, tendo como fito a proteção do indivíduo contra abusos estatais. Porém, não se pode olvidar que esses direitos são criados e normatizados para que a coletividade deles possa gozar, embora sejam exercidos, em regra, de forma individual. São direitos, portanto, que buscam uma persecução penal mais justa e moderada, onde o Estado tem sua atuação contida, evitando dessa forma, imoderações que violem o indivíduo. Os direitos fundamentais processuais penais, então, são direitos individuais justificados por interesses coletivos; trazem, portanto, em seu âmago, interesses individuais e coletivos.

2.3.1.3 A presunção de inocência analisada pela perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais - aspectos individuais e coletivos

A inserção da presunção de inocência no Título II da Carta Magna brasileira já denota que, sem dúvidas, o tratamento dado a ela é o de direito fundamental. Em que pese não estar positivada como "presunção de inocência" – vale dizer, não se encontra tal expressão literal no texto constitucional pátrio – não há de se falar em supressão do citado direito.

A presunção de inocência, direito fundamental que é, também apresenta interesses individuais e coletivos, dentro de uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais processuais penais. Nesse sentir, quando tratamos de presunção de inocência, devemos atentar para o fato de que não se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o investigado somente; essa presunção é extensível a todos, independentemente da existência de persecução penal. E mesmo que a persecução penal já exista, a presunção de inocência não impede o seu trâmite natural. Tanto o é, que, observadas questões de prejuízo processual, pode o investigado vir a ser privado cautelarmente de sua liberdade.

---

[217]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 241.
[218]Ibid., p. 241.

Como observa Zanoide de Moraes, a presunção de inocência é um direito de fundamentação individual e coletivo. Confere, pelo plano individual, uma segurança contra violações estatais mesmo antes de qualquer persecução penal. Pelo plano coletivo, a presunção de inocência garante "um sistema processual justo e equilibrado[219]".

2.3.1.4 A presunção de inocência analisada pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais

O aumento do espectro de proteção das normas de direitos fundamentais perpassa pela atividade dinâmica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Assim, os agentes estatais devem sempre atuar para que se concretizem medidas de ampliação do âmbito de proteção das referidas normas[220].

Por essa visão de amplificação, proporcionada pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, no que toca a presunção de inocência, não se pode mais negar a integração entre as duas matrizes pelas quais o referido direito fundamental é observado.

A matriz anglo-saxã conduz a presunção de inocência ao campo probatório, posicionando-a como norma de juízo ou norma probatória. Já a matriz de *Civil Law*, percebe a presunção de inocência como norma de tratamento, "seja em face do regramento a ser dispensado à prisão provisória seja na relação entre indivíduo e autoridade nos vários atos estatais persecutórios (p.ex., no interrogatório)[221]". Dessa forma, e com foco na tendência expansionista promovida pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na presunção de inocência havia a necessidade de uma uniformização juspolítica para as expressões "presunção de inocência", comum na *Common Law*[222], e "presunção de não culpabilidade", presente na *Civil Law*[223].

Assim como ensina Zanoide de Moraes, as expressões "presunção de inocência" e "presunção de não culpabilidade" deixam de ser antinômicas e passam a ser

---

[219]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 240.

[220]Um dos exemplos dados por Zanoide de Moraes *in casu* é a edição da Lei 10.792/03 que passou a exigir manifestação do defensor público ou do advogado dativo no exercício da defesa técnica, ampliando sobremaneira o conteúdo de "ampla defesa". (ibid., p. 243).

[221]Ibid., p. 244.

[222]Nos países de *Common Law,* utiliza-se, historicamente, a expressão "presunção de inocência", tendo em vista o art. 6.2 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos dos Homens, *verbis "Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent, until proven guilty."*

[223] Nos países de *Civil Law*, como já explanado, a fortíssima rejeição das Escolas Positiva e Técnico-Jurídica às reformas iluministas trouxe à habitualidade a utilização da expressão "presunção de não culpabilidade".

complementares[224]. Vale destacar que as mencionadas expressões não são sinônimas, foram somente uniformizadas em grau político-ideológico "como decorrência da nova mentalidade da comunidade internacional do pós-guerra[225]". A partir daí, iniciou-se um processo de ampliação do espectro das Constituições dos Estados para que, através de normatização extensa, se pudesse atribuir significância a expressões como norma de juízo, norma de tratamento, norma probatória, "in dubio pro reo", "favor rei", entre outras[226].

Pelo ponto de vista da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, portanto, a inserção e consequente efetivação da presunção de inocência em qualquer ordenamento jurídico ganha espectro ampliado, de forma a erigir um sistema que permita o mais extenso exercício desse direito.

Não se deve omitir que parte da doutrina brasileira, de forma válida, fundamenta a natureza da presunção de inocência como direito fundamental somente na interatividade entre o art. 5º, §2º, da Carta Magna de 1988 com o art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos[227]. Porém, para que se possa analisar com minúcia o alargamento do alcance do direito fundamental em comento, imperioso o estudo da presunção de inocência através da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

2.3.1.5 A perspectiva objetiva da presunção de inocência e seus efeitos irradiantes e horizontais – a exposição da imagem do investigado

Como desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se que a presunção de inocência, apresenta tanto efeitos irradiantes quanto horizontais. Os efeitos irradiantes vinculam os direitos fundamentais a todo o sistema jurídico, com o objetivo de se firmar e assegurar a criação e execução do ordenamento de acordo com um padrão constitucional de respeito e guarida a esses direitos. Já os efeitos horizontais ampliam essa

---

[224]Nesse sentido ensina Antonio Magalhães Gomes Filho – "Nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de Direitos Humanos do pós-guerra, o princípio vem expresso algumas vezes em termos de *presunção*, enquanto em outras se prefere a referência ao *status* do acusado durante o processo estado de inocência ou não culpabilidade). Embora não se trate, a nosso ver, de perspectivas contrastantes, mas convergentes, é forçoso reconhecer que no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo-se a adoção de medidas que impliquem sua equiparação com o culpado". (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Princípio...,** op. cit., p.30-4, 1994).

[225]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 245.

[226]Ibid., p. 245.

[227]Nesse sentido, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 286/288.

vinculação às relações entre particulares, transpassando a conexão entre indivíduo e Estado[228]. Nesse giro, aduz Alexy que:

> [...] los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los conciudadanos y a determinados contenidos del orden jurídico civil. Esto muestra que las normas iusfundamentales tienem también influencia em la relación ciudadano/ciudadano [...] justamente el efecto en terceros o efecto horizontal es especialmente adecuado para aclarar el efecto de los derechos fundamentales y de las normas iusfundamentales em el sistema jurídico[229].

Ocorre que, a exposição da imagem de um investigado à imprensa, durante a mencionada fase, traz perspectiva corrompida, tanto dos efeitos irradiantes quanto horizontais que emanam da perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais. A baliza legislativa, nesses casos, faz-se fundamental e deve regular a atividade de imprensa. A relação entre particulares (aqui, imprensa e investigado) deve ser balizada, fundamentalmente, pelos efeitos horizontais da presunção de inocência. Tal relação vincula a presunção de inocência aos particulares e deve ser observada pelos órgãos de mídia.

É sabido que a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão também são direitos fundamentais. Justamente por conta disso há a necessidade de regulamentação legislativa entre as relações particulares que devem observar os efeitos horizontais para a presunção de inocência, independentemente de dificuldades que possam surgir na elaboração dessa regulação[230].

Dessa maneira, e através de uma análise pelo prisma dos efeitos horizontais da dimensão objetiva da presunção de inocência, tem-se que os particulares devem observar com cautela o direito fundamental em tela. O imputado, por exemplo, independentemente da fase da persecução penal, deve sempre ser considerado inocente. Há, dessa maneira, a inadmissibilidade da violação à presunção de inocência do imputado, por exemplo, quando investigado em procedimento administrativo, como o inquérito policial, procedimento investigatório criminal, ou outro qualquer.

Pelas lentes do efeito horizontal da dimensão objetiva da presunção de inocência, deturpado e violado pelo mau uso dos meios de comunicação, no curso de investigação

---

[228]DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral**..., op. cit., p. 173/175

[229]ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 507.

[230]Nesse sentido, observa Zanoide de Moraes que, "[...] tanto a presunção de inocência quanto a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são direitos fundamentais que devem ser respeitados. Para tal fim, o primeiro, mas não o único nem o decisivo passo – uma vez que a intervenção judicial em casos críticos é inevitável – é a elaboração de leis que, balizadas pela presunção de inocência, regulem a atividade da imprensa no trato de casos de pessoas ainda submetidas à persecução penal." (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 251).

preliminar, o indivíduo é previamente julgado e socialmente execrado, de forma que não se distingue mais investigado de condenado[231]. Assim, e por essa perspectiva, pode-se afirmar que a presunção de inocência, através da exposição indevida da imagem do investigado, é um dos direitos fundamentais mais violados pela mídia. Nesse sentir, uma medida cautelar extrema – prisão preventiva ou temporária – agrava ainda mais esse quadro. Há aqui, uma mera possibilidade de acusação formal, o que, "assume perante o público um valor de efetiva responsabilidade [...][232]".

Nesse momento, torna-se importante pontuar que atividade da imprensa não pode ser tida como violadora da presunção de inocência ou de qualquer direito fundamental que seja. A violação, aqui, à presunção de inocência, dá-se quando da manipulação negativa do efeito horizontal, oriundo da dimensão ampliadora objetiva dos direitos fundamentais, que traz danos à imagem indevidamente exposta do imputado. Como explica Zanoide de Moraes:

> Se os valores constitucionais são por todos escolhidos axiologicamente como relevantes para si, devem ser respeitados pelos poderes públicos em face do cidadão e pelos cidadãos entre si. Quem os considerou relevantes, a ponto de inscrevê-los constitucionalmente, deve também respeitá-los em face de outrem. Quem exige respeito, deve respeitar[233].

Ainda, há o problema de que, a distorção do efeito horizontal emanado pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na fase investigativa, mormente na exposição indevida da imagem do imputado, pode se estender ao julgador, influindo negativamente em suas tomadas de decisão. Nessa trilha, e como já exposto, há a fundamental necessidade de regulamentação normativa, sem a qual torna-se "[...] dificílimo regular os comportamentos entre particulares de forma exigível e constitucional [...][234]".

Por outro giro, a relação entre os órgãos do persecutório e o investigado, deve se dar da mesma forma, sob pena de obscurecimento do efeito irradiante que da dimensão objetiva da presunção de inocência emana. O tratamento dirigido pelas autoridades públicas ao investigado deve ser o de inocente. A apresentação do investigado à imprensa de forma abusiva e sensacionalista, franqueada, por exemplo, pela autoridade policial, desvincula este importante órgão da persecução de seu papel primário; a execução e manutenção do ordenamento jurídico, fundamentado no princípio da presunção de inocência.

---

[231]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p.168.
[232]Ibid., p. 169.
[233]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 251.
[234]Ibid., p. 251.

2.4 AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO NORMA DE TRATAMENTO

2.4.1 Notas introdutórias

A escolha pela abordagem mais detalhada da presunção de inocência como norma de tratamento, em detrimento de norma probatória e norma de juízo, dá-se justamente por conta do objeto central desse trabalho; a preservação do direito à imagem do imputado durante o curso de uma investigação criminal. Porém, não se deve deixar de lado breve análise da presunção de inocência pelos vieses norma probatória e norma de juízo; o entendimento conferido à presunção de inocência através dessas perspectivas, e não somente pela norma de tratamento, permite dimensionar sua amplitude e alcance. Assim, a presunção de inocência como norma de tratamento afeta diretamente a figura do imputado, tendo reflexo marcante na preservação de seu direito à imagem. Já como norma de juízo e norma probatória, reflete sua aplicação em matéria probatória[235].

Esses três vieses, que, em conjunto, trazem noção de perspectiva à presunção de inocência, expressam uma autonomia interativa; porém, não delimitam nem esgotam o alcance da presunção de inocência[236]. Essa autonomia fica claramente demonstrada quando, durante a investigação criminal, por exemplo, pode haver a mitigação da presunção de inocência em seu aspecto norma de tratamento. Uma prisão cautelar pode reduzir de modo

---

[235]Badaró, nessa trilha, entende que a presunção de inocência manifesta-se somente como norma de tratamento e norma de juízo – "O dispositivo Constitucional, contudo, não se encerra neste sentido político, de garantia de um estado de inocência. A "presunção de inocência" também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Trata-se, pois, de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, ao contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Aliás, sob aspecto estritamente literal, com relação à regra de julgamento, realmente parece mais adequada a denominação "presunção de inocência" em vez de "presunção de não culpabilidade". É de se destacar que, em tal caso, embora a presunção de inocência esteja diretamente ligada à prova, não se trata de uma presunção em sentido técnico-processual. Por fim, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal." (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova**..., op. cit., p. 284/286). Nesse mesmo sentido ensina Antonio Magalhães Gomes Filho – "Sob esse enfoque, a garantia Constitucional 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 a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo "justo"". (GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. Presunção**..., op. cit., p. 37).

[236]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 424.

considerável o sentido de aplicação da presunção de inocência, "chegando até mesmo à sua supressão em alguns pontos[237]".

Tal supressão não impede que o órgão acusatório demonstre *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* que justifique a aplicação de medida restritiva tão gravosa. Da mesma forma, a mitigação mencionada acima não deve comprometer o alcance da presunção de inocência no que toca o seu aspecto "norma de juízo"; o imputado ao qual foi aplicada a prisão preventiva pode ser solto, e até absolvido pelo mesmo juiz que deferiu a cautelar.

Porém, em que pese a autonomia que possuem, estes prismas dimensionantes da presunção de inocência interagem entre si. A presunção de inocência como norma de tratamento assegura que a toda gama de direitos do investigado não será violada pelo Estado durante a investigação preliminar e que este continuará sendo tratado como inocente. Ocorre que essa garantia somente será efetivada se o juiz, quando instado a se manifestar, como acontece, por exemplo, no deferimento ou indeferimento de uma medida cautelar, ou ainda quando recebe ou rejeita a denúncia, demonstre e fundamente o seu convencimento[238].

Todos os significados da presunção de inocência – norma de tratamento, norma de juízo e norma probatória – são bens da vida continuamente tutelados por ela, e, sendo assim, integram o âmbito de proteção dessa norma fundamental. Assim, esses significados agregam a presunção de inocência ao tema "provas" no processo penal. Porém, são autônomos e assim devem ser estudados, identificando, dessa forma, seus efeitos e conteúdo específicos. Entretanto, lançaremos maiores luzes, para fins deste trabalho, sobre a presunção de inocência como norma de tratamento.

2.4.2 A presunção de inocência como norma probatória

Para que se entenda o alcance e dimensão da presunção de inocência como norma probatória faz-se necessário o estudo desse significado através das lentes da prova no processo penal[239]. Quem deve provar? Por meio de qual tipo de prova? O que deve ser provado? A esse ponto, importante pontuar que, para que não se confunda norma probatória com norma de juízo deve-se entender que ao contrário daquela, esta direciona-se ao exame do conjunto probatório já produzido, "seja identificando a sua suficiência para afastar a

[237]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 425.
[238]Ibid., p. 426.
[239]Fundamental ponderar que, embora a presunção de inocência esteja diretamente conectada à prova, não se trata de uma presunção em sentido técnico-processual, como asseveraram Badaró e Antonio Magalhães Gomes Filho (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova**..., op. cit., p. 239; GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. Presunção**..., op. cit., p. 36/37).

presunção de inocência e, portanto, condenar o imputado, seja para escolher a norma jurídica mais apropriada à situação concreta[240]".

Quem deve provar? – a temática central do presente aspecto é o ônus probatório no processo penal. O tema não deve ser abordado de forma reducionista, respondendo-se somente que ônus de provar pertence à acusação. De acordo com Badaró, o ônus da prova subjetivo no processo penal será sempre imperfeito ou relativo. Isso se dá, pois há a possibilidade da produção de prova pela autoridade judicial, bem como a "utilização das provas produzidas pela parte contrária[241]", além da atividade probatória que parte do próprio imputado. Porém, a titularidade das ações penais públicas ao Ministério Público pertence e, como interessado em ver valer a tese acusatória prosperar a ele incumbe o ônus probatório de fatos que se considerem indispensáveis para eventual condenação penal.

Em relação ao imputado, Badaró afirma que "seria possível admitir que, caso ele não se desincumbisse da produção da prova dos fatos que lhe são favoráveis, haveria um prejuízo[242]". Nasce, dessa forma, o ônus subjetivo do imputado. Porém, com a aplicação da regra do *in dubio pro reo*, a dúvida sobre fato relevante ao processo jamais pode prejudicar o imputado, recaindo o ônus da prova com exclusividade sobre o acusador[243].

Assim, com fundamento na presunção de inocência, caberá ao acusador demonstrar a validade de sua tese no que toca a culpa do imputado. A presunção de inocência, então, somente deverá ser afastada caso o órgão acusatório consiga demonstrar autoria e materialidade incontroversas.

---

[240]GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. Presunção**..., op. cit., p. 462. Antonio Magalhães Gomes Filho observa que: "Como regra probatória, a consagração da presunção de inocência constitui reação ao aparato repressivo do *ancièn regime*, herdado do sistema primitivo das ordálias, no qual o acusado não era um simples suspeito da prática de uma infração penal, mas alguém já considerado culpado pela opinião pública e que, portanto, tinha o encargo de destruir as aparências, comprovando a própria inocência. Além disso, quando não fosse possível chegar-se a uma conclusão segura sobre a culpabilidade, era possível aplicar-se ao réu uma pena *extraordinária*, ao invés de absolvição, ou então deixar-se o processo suspenso, até o surgimento de provas conclusivas". (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Princípio...,** op. cit., p.31.

[241]BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova**..., op. cit., p. 239.

[242]Ibid., p. 240. Nesse mesmo sentido, afirma Antonio Magalhães Gomes Filho: "Seja como for, através da negação completa da existência do ônus da prova no criminal, ou pela atribuição integral do encargo ao órgão da acusação, resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até porque, como ressaltou Saraceno, as circunstâncias impeditivas não são senão o inverso das constitutivas, e uma dúvida sobre aquelas constitui também uma dúvida a respeito destas últimas." (GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. Presunção**..., op. cit., p. 36/37).

[243]BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova**..., op. cit., p. 240. Ainda nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho aduz que: "Sob esse prisma, confundiria-se o princípio da presunção de inocência com o *in dúbio pro reo*, que é postulado comum a todos os sistemas processuais, pois a condenação de inocentes não traz proveito algum; exemplo disso são as fórmulas de absolvição por insuficiência de provas consagradas em estatutos processuais de nítida inspiração autoritária, como o italiano de 1931 e o brasileiro de 1941". (GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. Princípio**..., op. cit., p. 39).

Por meio de qual tipo de prova? – aqui, a discussão cabível toca a ilicitude ou licitude da prova, "que não pode ser qualquer prova, mas deve ser uma prova lícita, ou seja, uma prova buscada, produzida, analisada e considerada pelo juiz dentro dos padrões definidos pela Constituição e pelas leis[244]". Nesse sentir, tem-se que a presunção de inocência é complementada pela inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas no processo penal[245].

Essa relação de complementaridade entre a presunção de inocência e a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas no processo penal deve ser integrada a outro direito fundamental, mais extensivo; o direito ao devido processo legal. Quando efetuada essa integração conclui-se que o Ministério Público deve cabalmente demonstrar a sua tese acusadora, comprovando autoria e materialidade delitiva. Nessa linha, a demonstração da conduta criminosa deve seguir à risca os comandos constitucionais no que tange o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a publicidade, a intimidade, a integridade física, moral e psicológica, e outros direitos que protegem o indivíduo contra os abusos estatais[246]. Assim, a prova produzida pelo órgão ministerial somente poderá afastar a presunção de inocência, dando origem a eventual condenação, se for produzida de forma lícita e, consequentemente, apta a demonstrar autoria e materialidade delitiva[247], prova incriminadora, portanto.

As questões objetivas apresentadas pela presunção de inocência como norma probatória trazem uma garantia a mais ao imputado de forma que não bastará que o julgador esteja certo de sua culpa; essa certeza tem de se materializar através de provas lícitas e incriminadoras produzidas pelo órgão acusatório. De outro lado, questões como suficiência probatória, dúvida em relação à prova produzida, entre outras, carregam em seu bojo a subjetividade da presunção de inocência como norma de juízo. Dessa forma, há para o imputado mais uma garantia; certeza de que "há a necessidade de 'haver prova', antes mesmo de se questionar sobre sua suficiência ou eficácia para convencer[248]".

Assim, e com base nessa garantia fundamentada na objetividade da presunção de inocência como norma probatória, infundadas suspeitas, opinião dos meios de comunicação, elementos de informação produzidos na primeira fase da persecução, por exemplo, não

---

[244]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 463.
[245]A Carta Política de 1988, em seu art. 5º, LVI, dispõe que "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".
[246]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 463.
[247]Badaró assevera que "A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente poderá ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito". (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova**..., op. cit., p. 284).
[248]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 465.

poderão ser utilizados pelo Magistrado para motivar sua decisão, sob pena de violar o princípio em comento, analisado por sua faceta "norma probatória".

Deve-se ressaltar, para fins desse trabalho, que a objetividade trazida pela presunção de inocência como norma probatória, e seus consequentes benefícios, não deve somente ser aplicada à fase instrutória no processo penal. Para toda e qualquer decisão restritiva de liberdade que afete o investigado deve ser observada e efetivada a presunção de inocência como norma probatória, como por exemplo, na decretação de medidas cautelares pessoais ou reais. O Magistrado deve, obrigatoriamente, fundar-se em provas lícitas e de teor incriminatório, para decretar qualquer medida restritiva de liberdade do investigado.

Conclui-se que há dois benefícios que resultam do aspecto objetivo, presente na presunção de inocência como norma probatória; o primeiro decorre de que a presunção de inocência somente poderá ser afastada quando fundada em provas lícitas e incriminadoras. Não basta que o juiz funde-se em qualquer elemento de convicção, seja ele prova, seja ele elemento informativo. O segundo consiste em uma "uma atribuição de espaço normativo-Constitucional específico para a presunção de inocência[249]". Tal espaço é ocupado, de forma integrativa, por três direitos fundamentais; a inadmissibilidade processual da prova ilícita, a necessidade de motivar a decisão judicial e o duplo grau de jurisdição na área penal[250].

2.4.3 A presunção de inocência como norma de juízo

Como norma de juízo, a presunção de inocência materializa-se através das manifestações judiciais no que toca a análise do material probante produzido para a formação da convicção do julgador. Essa materialização, entretanto, direciona-se para quaisquer decisões judiciais; a restrição de liberdade do investigado através da decretação de prisão preventiva, por exemplo, somente pode se dar sem que seja ele considerado culpado antes de eventual condenação[251].

---

[249]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 465.
[250]Ibid., p.465.
[251]Bottini ensina que: "Da mesma forma, as medidas cautelares processuais penais pessoais não são relativizações da presunção de inocência porque não se fundam em um juízo provisório de culpa, mas em indícios concretos de que o réu ou investigado turba a ordem processual ou deixará de se submeter à lei em caso de condenação". (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 184-194, out. 2012, p. 187. No mesmo sentido, Maia Costa, "[...] enquanto medida de natureza puramente instrumental, com efeitos e finalidades exclusivamente intra-processuais, enquanto medida de estrita natureza cautelar, a prisão preventiva (e as restantes medidas de coacção) é compatível com o princípio da presunção de inocência. Já não será assim, porém, se a prisão preventiva for utilizada para fins extra-processuais, nomeadamente para fins de antecipação da pena ou de intimidação. Aí só razões de prevenção podem justificar a prisão preventiva. Mas então entramos no domínio penal, pois a prevenção (geral e especial)

O que efetivamente difere a presunção de inocência como norma de juízo de sua concepção norma probatória é o fato de que aquela só poderá ocorrer com base em um material probatório já produzido. Assim, somente passa-se à análise da presunção de inocência em seu viés norma de juízo caso o aspecto norma probatória tenha sido integralmente perscrutado e atendido. É importante ressaltar que a presunção de inocência como norma de juízo parte de um aspecto subjetivo de "suficiência" da prova produzida para que se reverta o estado de inocência do imputado. Por sua vez, o desdobramento norma probatória esbarra invariavelmente em aspectos objetivos; a acusação deve produzir provas incriminadoras e lícitas não devendo ser levada em consideração a sua suficiência[252].

Por consequência, a imagem do investigado, maculada no curso de uma investigação por conta de distorções da realidade praticadas pela mídia, pode influenciar o juiz em eventual tomada de decisão no que tange, por exemplo, a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva. Assim, não somente as provas produzidas pela acusação, suficientes para o oferecimento da denúncia, devem ser levadas em consideração; o conjunto probatório aquilatado no curso de uma investigação preliminar, e que invariavelmente servirá de base para que o juiz decrete eventual medida cautelar, deve ser produzido sem que haja a exposição indevida da imagem do investigado. Assim, a probabilidade de que o Magistrado possa ser influenciado negativamente pela "má imagem" do investigado reduz-se drasticamente.

2.4.4 A presunção de inocência como norma de tratamento

A preservação da imagem do investigado vem de encontro à presunção de inocência analisada pelo seu aspecto norma de tratamento. Por isso, este desdobramento foi alocado pós norma probatória e norma de juízo. O reflexo da presunção de inocência, aqui, consubstancia-se pela forma como o imputado é tratado durante todo o persecutório criminal, em especial, e para fins deste trabalho, na fase de investigação preliminar. Sem prejuízo, durante toda e qualquer fase da *persecutio*, o imputado deve ser tratado como presumidamente inocente, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

constitui uma das finalidades das penas, não das medidas de coacção". (COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 23, n. 92, p. 73, out./dez. 2002).

[252]Ibid., p.469. Ritter ainda observa, nesse sentido que "[...] pode-se então compreender a extensão do referido princípio como [...] norma de juízo (que se manifesta em toda atividade judicial a fim de que se utilize sempre de uma interpretação favorável ao imputado, quando não houver prova segura e incontestável de que a alternativa que lhe prejudica deve prevalecer)". (RITTER, Ruiz. Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 24, n. 288, p. 10)..

Illuminati observa que para que o imputado seja tratado como inocente durante todo o persecutório penal devem-se reduzir ao máximo as consequências negativas de uma ação penal até que se averigue a culpa acima de qualquer dúvida razoável. Ocorre que "reduzir ao máximo" não significa "eliminar" as referidas consequências por completo. Partindo dessa premissa, um processo penal no qual o imputado não sofra qualquer restrição e seja tratado como um cidadão comum pode ser somente concebido de forma abstrata, tornando impossível sua concepção na prática[253].

Uma das formas de violação da presunção de inocência como norma de tratamento envolve a edição de dispositivos legais que, de alguma maneira, anteciparam a imposição de qualquer sanção que, em uma análise primária, somente poderia ser imposta por conta *decisum* condenatório definitivo. Cita-se como exemplo a prisão preventiva obrigatória e automática para imputados por crimes cuja pena fosse de reclusão, igual ou superior a 10 (dez) anos[254]. Outros exemplos, esses mais recentes, são os revogados arts. 44 da Lei 11.343/06, 3º da Lei 9.613/88 e 7º da Lei 9034/95; todos determinavam, de forma absoluta e automática, que era vedada a concessão de liberdade provisória para o imputado. Eminentemente inconstitucionais, os dispositivos tolhiam do imputado o direito constitucional à liberdade provisória, direito esse somente vedado em casos específicos, com análise judicial detalhada prévia[255]. Violava-se, dessa forma, a presunção de inocência tendo em vista que há uma evidente antecipação de pena, sem que fosse permitido ao juiz avaliar, em cada caso, a proporcionalidade da aplicação de medida tão gravosa.

O que se observa nos exemplos acima é uma violação infraconstitucional do princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, pois nega-se ao imputado o direito constitucional à liberdade provisória. A presunção de inocência possui clara relação de integração e complementaridade com o direito à liberdade provisória e por isso tal direito não pode ser suprimido, independentemente da gravidade abstrata do delito cometido. Ainda, a vedação à liberdade provisória fere o devido processo legal, pois, por uma perspectiva popular, não há a necessidade de processo, vez que a pena já foi aplicada antecipadamente[256]. Ainda, dentro das relações de complementaridade e interdependência inerentes à presunção de inocência, quando vedada a liberdade provisória de forma automática e absoluta, o legislador retira do Poder Judiciário sua função constitucional de julgar caso a caso, com as particularidades e peculiaridades que cada um demanda. Assim, a norma infraconstitucional

[253]ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione**..., op. cit., p. 33.
[254]Redação original do art. 312 do Código de Processo Penal, que vigorou até 1967.
[255]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 429.
[256]Ibid., p. 434.

viola o princípio da reserva de jurisdição, também direito fundamental e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Como ensina Zanoide de Moraes, pode-se afirmar que, "se não há a princípio fundamental absoluto (presunção de inocência) também não pode haver intervenção estatal absoluta (vedação da concessão de liberdade provisória)" [257].

Outra das formas de violação da presunção de inocência como norma de tratamento dá-se quando um ato estatal traz à tona uma imputação penal ao cidadão, mesmo antes de uma formalização oficial. O sujeito intimado a depor, e nesse momento exposto à mídia, por exemplo, traz ao público em geral a clara impressão de que efetivamente a culpa recai sobre ele.

Fato é que, o desconhecimento das fases da *persecutio* por parte dos populares alimenta ainda mais a exposição indevida do investigado. O grande público passa a considerar o investigado, sobre o qual ainda não recai acusação formal, culpado do cometimento de um delito. O investigado deve ser tratado como sujeito de direitos e não como previamente culpado.

2.4.4.1 A presunção de inocência como norma de tratamento tutelando a imagem do investigado

A presunção de inocência como norma de tratamento tem como objetivo, como já visto, permitir que o investigado seja tratado como inocente durante todo o curso da investigação preliminar. Nesse giro, a presunção de inocência analisada como norma de tratamento, no curso da investigação preliminar, visa tutelar o direito do investigado à intimidade, honra, vida privada e imagem, impedindo que a violação desses direitos resulte em qualquer presunção de culpa.

No que toca o direito à preservação da imagem do investigado, a presunção de inocência, e aqui na sua vertente norma de tratamento, é violada quando este é exposto de forma abusiva pelos órgãos de imprensa. A violação, portanto, somente ocorre caso a exposição seja abusiva. Aqui, e pontuando o efeito horizontal da dimensão objetiva da presunção de inocência, os órgãos de imprensa devem se abster de divulgar imagens do investigado antes da formalização da acusação.

A propagação de imagens do indivíduo somente poderia acontecer caso a denúncia ou a queixa-crime fossem recebidas, tornando-o réu, tomando curso, dessa forma, a ação penal.

---

[257]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 435.

Assim, somente haveria a distribuição/divulgação da imagem e identificação de quem tornou-se réu[258]. Em homenagem à presunção de inocência como norma de tratamento, essa divulgação deveria ocorrer de forma ponderada, ressaltando que não há culpa formada e destacando o estado de inocência do agora acusado, evitando assim dano penal e social, inerentes à persecução penal como um todo.

A divulgação da imagem do investigado após o recebimento da denúncia ou queixa-crime, como exposto, mitiga os efeitos danosos da exposição abusiva, que, invariavelmente transformam o sujeito em um pária social. Ainda, preserva a liberdade de imprensa de forma que seus órgãos, durante a investigação preliminar, podem informar o público sobre o fato, omitindo o investigado.

A exposição inescrupulosa do investigado à população através dos órgãos de imprensa abarca, muitas vezes, pessoas algemadas, conduzidas violentamente à autoridade policial, representando "um troféu para a autoridade pública que efetuou a prisão, ou pior, para diminuí-las em sua autoestima e respeitabilidade social[259]". É bastante comum a exposição de investigados, quando de uma prisão em flagrante delito, por exemplo, alinhados e/ou enfileirados, inquiridos por repórteres que promovem verdadeiro "julgamento popular". Naquele momento, a violação do direito fundamental à presunção de inocência é patente e a transmissão da informação para a população se dá de forma absolutamente distorcida, promovendo o sensacionalismo em prol dos índices de audiência[260]. O investigado torna-se culpado por delito que não dispõe ainda de acusação formal. Tratado como culpado, e muitas vezes sem um defensor no momento da violação dos direitos em comento, o investigado passa a sofrer execração social.

---

[258]Nesse sentido, Ana Lúcia Vieira de Moraes explica que o direito anglo-saxônico, aqui pontualmente a Inglaterra, criou a figura do *contempt of court* que hoje engloba diversos procedimentos que visam obstar interferências na correta administração da justiça. Assim, o *criminal contempt of court*, que é ilícito penal, abrange, por exemplo comentários que realizem um juízo prévio (*trial by newspaper*). Em 27/07/1981 foi editado o *contempt of court act* que regula a atuação dos meios de comunicação na divulgação de processos penais em curso. Comentários sobre o caráter do acusado, antecedentes criminais, informações sobre confissão ou publicar informações sobre investigações que estão *sub iudice* e críticas que possa influenciar o juiz negativamente refletem em clara violação ao *contempt of court act.* Ainda, se em razão da violação mencionada o processo sofrer prejuízo, este pode ser anulado. Percebe-se, dessa forma, que na Inglaterra a imparcialidade do juiz se sobrepõe à liberdade de imprensa. - VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**..., op. cit., p. 114/115

[259]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 511.

[260]Nesse sentido, René Ariel Dotti observa que: "Contudo, alguns periódicos permanecem como veículos de perversão social, pelo apelo às paixões e a outros fatores irracionais, às promessas fáceis, e às notícias de cunho sensacionalista destinadas a explorar os sentimentos das populações". (DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 128). Carnelutti ainda pontua que se de um princípio lógico surgiu uma norma jurídica, é determinar que as pessoas se contenham em relação ao investigado ou acusado para não lhe ocasionar-lhe humilhações, vergonha que virão da certeza do crime, com eventual condenação. (CARNELUTTI, Francesco**. La pubblicità del processo penale.** Padova: Rivista di Diritto Processuale, 1955, n.1, p. 7).

Como se percebe, a violação do direito à imagem do investigado está diretamente ligada à sua exibição para a imprensa pela própria autoridade policial. Antes dos órgãos de imprensa, os agentes públicos têm o dever funcional de preservar e zelar pela presunção de inocência, de forma que esse direito fundamental assume uma perspectiva subjetiva ampla, emanando efeito irradiante, oriundo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tanto os agentes públicos – estes com obrigação funcional – quanto os órgãos de imprensa tem o dever de respeitar e dar efeito à presunção de inocência.

A situação do investigado torna-se ainda pior quando há a imposição de uma medida cautelar pessoal ou real, como a decretação de prisão preventiva ou o sequestro de bens, por exemplo. Nesse caso, uma simples suspeita transforma-se em certeza de culpabilidade. No imaginário popular, a imposição de uma medida cautelar pessoal confunde-se com a própria atribuição de pena[261].

Assim, conclui-se que essa "associação" entre agentes públicos e mídia contribui sobremaneira para a descrença popular na presunção de inocência. Autos de investigação considerados "sigilosos" são conhecidos primeiramente pela mídia, para depois tomarem deles ciência, as partes envolvidas. Em alguns casos, o próprio juiz desconhece o conteúdo dos autos e com eles tem o primeiro contato através da imprensa, podendo ter a sua convicção influenciada por tal fato. A verdade perde lugar para a versão midiática dos fatos. E como ela se esvai a presunção de inocência, recebendo o investigado tratamento de culpado, mesmo antes da formalização da acusação.

A presunção de inocência como norma de tratamento, então, analisada por sua dimensão objetiva e os efeitos horizontal e irradiante que dessa dimensão emanam, é violada tanto pelos órgãos de imprensa quanto pelas autoridades públicas, através da exposição abusiva da imagem do investigado, no curso da investigação preliminar[262].

---

[261]Nesse sentido, ensina Illuminati; "Il problema maggiore, del resto – e ciò non è privo di conseguenze sulle scelte del potere politico — è la scarsa sensibilità della coscienza sociale nei confronti del principio. Anzi possibile riconoscere, se mai, una tendenza addirittura opposta, di pregiudizio Nei confronti dell'imputato, facilmente assimilato, quando non effettivamente confuso, com Il colpevole. Basti osservare come, nell'opinione comune, l'ipotesi di accusa assuma praticamente Il valore di um accertamento della responsabilità; e la trasposizione è ancora più frequente quando l'imputato è arrestato o, comunque, sottoposto alla custodia preventiva, sentita come vera e própria pena, senza che se ne avverta la sostanziale inquità". (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione**..., op. cit., p. 7).

[262] Com a finalidade de consolidar a garantia do princípio da presunção de inocência, agregando desta forma a leitura constitucional e convencional do processo penal, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2009, através o HC 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, considerou inconstitucional a execução provisória da pena. Porém, críticas a essa decisão surgiram com base no argumento de que a lentidão do processo penal aliada ao elevado número de recursos e complementada pela necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória auferiam uma sensação de impunidade muito grande, pois deixavam libertos agentes já condenados em 1º e 2º graus. Entretanto, com o advento do julgamento do Habeas Corpus 126.292, em fevereiro de 2016 de relatoria do Ministro Teori Zavascki, e em patente violação ao princípio da presunção

2.5 DIREITO À IMAGEM

Como exposto, a presunção de inocência é violada quando da exposição indevida da imagem do investigado e para que se possa compreender essa violação de forma abrangente, fundamental discorrer sobre direito à imagem, delimitando-o.

Com o irrefreável progresso das comunicações, precipuamente na era das redes sociais, o direito à imagem adquire enorme projeção passando a ocupar lugar de destaque entre os direitos da personalidade. Seus múltiplos aspectos levam complexidade aos debates doutrinários, que buscam definir a sua qualificação jurídica[263] e importância de sua aplicabilidade no processo penal moderno.

Duval observa que o direito à imagem é um direito natural, que pode ser equiparado ao direito à vida, e independe de normativa legal[264], embora a positivação do direito em tela "trace limites ou restrições, aqui inconsiderados quanto ao direito à imagem, mas que os tem [...] Impossível, portanto, asfixiar o direito à imagem no estreito quadro dos Direitos Privados

---

de inocência, a Suprema Corte Brasileira mudou sua jurisprudência, afirmando que é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância. No caso concreto, um homem foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo qualificado, com direito de recorrer em liberdade. A defesa então apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra ele. Em Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal, a defesa alegou que o Tribunal Paulista decretou a prisão sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, tendo em vista que o Magistrado de primeiro grau permitiu que o réu recorresse em liberdade, violando sobremaneira o princípio da presunção de inocência, principalmente através de seu aspecto norma de tratamento. O caso então foi levado ao STF, que concedeu liminar para soltar o réu sendo levada a matéria ao pleno da Corte. Para a defesa, a expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória afrontaria a jurisprudência do Supremo e o princípio da presunção da inocência. Em seu voto, Teori Zavascki sustentou que a manutenção da sentença penal pelo segundo grau encerra a análise de fatos e provas que definiram a culpa do condenado, legitimando a execução da pena. Ainda, de acordo com o Ministro, a presunção de inocência permaneceria incólume até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, de forma que após este momento, passa o réu a presumir-se culpado. De acordo com Zavascksi; "ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado". - Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570.>. Acesso em 23 ago. 2016. - Aqui, a violação à presunção de inocência como norma de tratamento ocorre de forma clara, com a reducionista visão de que o contexto fático-criminal não pode mais ser discutido, tendo em vista que tal análise se encerra nas instâncias ordinárias. Ocorre que para que a presunção de inocência seja afastada há a necessidade de que a formação da culpa esteja completa, o que aqui, não acontece. Ainda que a lei afaste o efeito suspensivo dos recursos extremos o texto constitucional é claro em estabelecer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que, daí sim, se possa afastar a presunção de inocência. A incompletude da formação da culpa, após o julgamento nas instâncias ordinárias, reflete a dependência da resolução de controvérsias jurídicas, como por exemplo, a validade dos meios de prova, ou de obtenção de prova, que baseiam a convicção fática. Por essa leitura, em 7 de novembro de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o STF decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, restabelecendo a presunção de inocência conforme o texto constitucional, em seu art. 5º, inc. LVII.

[263]BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.87.

[264]DUVAL, Hermano. **Direito à imagem.** São Paulo: Saraiva, 1988, p. 106.

da personalidade [...] Então, a locação do direito à imagem há de ser feita no quadro dos direitos fundamentais do homem (vida, liberdade segurança e propriedade)[265]".

Bittar, por sua vez, "asfixia" o direito à imagem e o integra ao rol de direitos da personalidade[266], que podem ser definidos como:

> [...] os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a honra, a intimidade, a intelectualidade e tantos outros[267].

Grinover, na mesma trilha, pontua que: "[...] o direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade; e suas manifestações são múltiplas: o direito à imagem, à defesa do nome [...] são apenas algumas de suas expressões, não se tratando de um rol taxativo, uma vez que a tutela da intimidade poderá ser estendida a novos atributos da personalidade[268]"

Nesse sentido, importante pontar que a personalidade resume-se no conjunto de caracteres do indivíduo e trata-se do primeiro bem através do qual o sujeito poderá adquirir e defender outros bens. A tutela que se franqueia a esse primeiro bem do indivíduo é o direito à personalidade[269]. Limongi França observa que os direitos da personalidade são "as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos[270]". Ainda, e de acordo com Bonjardim, os direito da personalidade podem ser divididos em duas espécies; os direitos à integridade física, de onde retiramos o direito à vida[271], corpo e cadáver, e os direitos à integridade moral, onde se apresenta, entre outros o direito à imagem, objeto de estudo deste tópico[272].

Retornando à lição de Bittar, dela depreende-se que o direito à imagem consiste no direito que o indivíduo tem

---

[265]DUVAL, Hermano. **Direito...**, op. cit., p. 106.
[266]É nessa toada a posição de José Afonso da Silva: "O direito à preservação da honra e da imagem, como o do nome, não caracteriza propriamente um direito à privacidade e menos à intimidade. Pode mesmo dizer-se que sequer integra o conceito de direito à vida privada. A Constituição, com razão, reputa-os valores humanos distintos. A honra, a imagem, o nome e a identidade pessoas constituem, pois, objeto de um direito, independente, da personalidade". (SILVA, José Afonso da. **Curso...,** op. cit., p. 209).
[267]BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**..., op. cit., p. 1.
[268]GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades**..., op. cit., p. 99. Nessa toada, Grinover ainda observa que os direitos da personalidade integram as liberdades pública, direitos do homem positivados. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades**..., op. cit., p. 99).
[269]BONJARDIM, Estela Cristina **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 15.
[270]FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil:** direito objetivo, direitos subjetivos, direitos privados da personalidade. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 251.
[271]Aqui, em claro contraponto à teoria de DUVAL.
[272]Ibid., p.16.

> [...] sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.) que a individualizam no seio da coletividade[273]". Esse direito incide sobre a compleição física da pessoa, resultando em um conjunto de caracteres que a distingue e identifica no meio social[274].

Ocorre que, se considerarmos a somente o conceito de imagem cunhado por Bittar, estaríamos limitando sobremaneira o seu alcance e respectiva proteção. A expansão da conceituação de imagem se faz necessária e deve transpassar os limites físicos do indivíduo, atingindo "toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem[275]".

Assim, as exteriorizações da personalidade do indivíduo, de forma ampliativa, devem também ser abarcadas pelo conceito de imagem, conferindo dimensão diferenciada quando se trata da aplicação desse direito[276]. Portanto, o direito à imagem engloba tanto a proteção dos aspectos da fisionomia – feições do rosto, por exemplo – observada aqui como expressão física, quanto as características apresentadas socialmente pelo indivíduo, consequente da vida social do homem[277].

De Cupis, nessa mesma trilha, ensina que, não obstante a tutela da imagem seja mais frequentemente explicada através do campo fotográfico, "è indiferente, dal punto di vista giuridico, il modo in cui viene eseguito il ritratto dela persona: acanto ala fotografia, la pittura, la scultura, ecc., sono altrettanti modi di esecuzione, tutti compresi nella tutela apprestata dela legge[278]". Ainda, De Cupis observa que a tutela à imagem pode estender-se "[...] all'ipotesi, cioè, in cui un artista attraverso la figura, il gesto, l'atteggiamento, riproduce sulla scena o sulla pellicola la persona medesima[279]".

Duval também traz em sua doutrina conceito amplificado de imagem, não o restringindo apenas à projeção da personalidade física. A imagem deve também ser projeção "moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior[280]".

---

[273]BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**..., op. cit., p. 87.
[274]Ibid., p. 87.
[275]MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 443, 1982, p.64.
[276] Ensina Moraes que "a ideia de imagens não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da configuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem como a de fotografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade". (MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**..., op. cit., p. 65).
[277]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade...**, op. cit., p. 175.
[278]DE CUPIS, Adriano. **I diritti dela personalittà**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, p. 293.
[279]Ibid., p. 133.
[280]DUVAL, Hermano. **Direito**..., op. cit., p. 105.

No que toca a tutela da imagem, no bojo do acima exposto, a proibição de captação e divulgação desta à revelia do sujeito é medida que se demanda. Assim não fosse, a disposição constitucional quedar-se-ia "ineficaz e frustrada[281]". Costa Júnior observa, nesse mister, que: "Viola a intimidade [...] ao reproduzir-se indevidamente a imagem. Direito à imagem, portanto, é o direito de impedir que terceiros venham a conhecer-lhe a imagem[282]". No mesmo sentido pontua De Cupis: "Il diritto all'immagine è diritto ala non-conoscenza altrui dell'immagine de soggeto; ed è violato dall'arbitraria conoscenza dela stessa immagine[283]".

Ainda, a imagem, na Carta Política de 1988, foi tratada como bem jurídico autônomo e, em termos de proteção, dissocia-se dos demais direitos da personalidade[284], não necessitando de seu amparo[285]. Tanto o é que o constituinte brasileiro cuidou para que a proteção à imagem fosse inserida na Constituição de 1988 de forma independente, fixando-a no art. 5º, incs. V, X e XXVIII, alínea "a"[286]. Assim, o texto constitucional em vigor cuidou de tutelar expressa e efetivamente a imagem, conferindo-lhe grau de proteção elevado[287].

Por tudo, e por conta do desenvolvimento social e tecnológico, tem-se que a imagem exsurge atualmente como imagem-retrato – conjunto de característicos físicos do indivíduo – e imagem-atributo – imagem social, como atributo do indivíduo em seu grupo social. Ambos os conceitos, abarcados em um sentido *lato sensu* de imagem, devem gozar de proteção constitucional e convencional.

Entretanto, o direito à imagem também é passível de restrições. Kohler observa que "na área jurídica da personalidade, limites se estabelecem, pelos quais cada um tem de conformar-se com certas pressões [...] toda pessoa tem de suportar que se fale sobre ela; toda

---

[281]DUVAL, Hermano. **Direito**..., op. cit., p. 175.
[282]COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Tutela penal da intimidade.** São Paulo, Revista dos Tribunais: 1969, p. 50.
[283]DE CUPIS, Adriano. **I diritti**..., op. cit., p. 286.
[284]Nesse sentido ensina Walter Moraes – "Se o bem da imagem constitui objeto autônomo de tutela jurídica que determina como *facultas agendi* um direito a ele, pois assim deve entender-se a faculdade exclusiva de permitir, proibir ou revogar-lhe a reprodução, a exposição, etc., e se este direito é oponível *erga omnes*, segue que o direito à imagem é direito absoluto". (MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**..., op. cit., p.80).
[285]Ibid, p. 64-65.
[286]Art. 5º, inc. V, CF 88 – "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Art. 5º, inc. X, CF 88 – "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Art. 5º, inc. XXVIII, CF 88 – "XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas".
[287]ORGAZ, em sentido contrário, observa que não existe direito à imagem. Qualquer violação nesse mister atinge a honra e não a imagem. (ORGAZ, Alfredo. **Derecho civil argentino:** personas individuales. Buenos Aires, Depalma: 1946, p. 160.

pessoa cai, de um modo ou de outro, na publicidade[288]". Como pontua Ana Lúcia Menezes, há uma

> [...] esfera da vida privada passível de conhecimento público e de informação pela imprensa. No espaço onde há fatos atinentes à violação de regras jurídicas e de costume, e às eventuais consequências no plano judicial, em princípio não pode haver resistência à ingerência dos meios massivos de comunicação[289].

Em verdade, principalmente no processo penal, há um interesse público na divulgação da imagem dos envolvidos como, por exemplo, na publicização de um retrato falado ou na fotografia de pessoa para fins de investigação (aqui, imagem-retrato). Ocorre que, quando tal divulgação é feita com o intuito de denegrir o investigado e fomentar escândalos em seu nome, foge-se à razoabilidade necessária à manutenção do interesse público em detrimento ao direito à imagem[290], violando-se tanto a imagem-retrato (originária da violação) quanto a imagem atributo (violada pela exposição da imagem-retrato).

Nesse giro, a imagem do indivíduo somente pode ser publicada e/ou veiculada em um contexto que envolve, além de autorização prévia[291], "objetivos lícitos[292]". Assim, na divulgação da imagem, é vedada "qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação,

---

[288]KOHLER, Joseph. A própria imagem no direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 79, out./dez. 1972, p. 26.

[289]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 177. Aqui, em relação ao tema, ainda observa Patrícia De Almeida Torres que "para se verificar a ocorrência ou não de violação do direito à imagem, há que se considerar a não incidência das restrições que se impõem ao direito à imagem. Saliente-se que a captação e exploração não consentida da imagem não significa diminuição da exclusividade do titular à própria imagem, mas sim hipótese que, pela prevalência do interesse público sobre o privado, justifica o sacrifício do direto à imagem. É o que ocorre nos casos em que a pessoa retratada é notória ou a publicação se justifique em face do cargo que o retratado ocupa ou em função de sua notoriedade." (TORRES, Patrícia de Almeida **Direito à própria imagem**. São Paulo: LTr, 1998. p. 120). Nas palavras da autora percebemos a proteção ao direito à imagem bastante defasada, não ampliada. A captação e exploração da imagem do indivíduo sem sua expressa autorização configura patente violação do direito à imagem. As exceções a esse direito não podem ser observadas de forma reducionista, mas sim ampliada. A notoriedade do indivíduo não mitiga a proteção aos seus direitos personalíssimos. Assim fosse, não faria sentido tal proteção estar abarcada pelo texto constitucional.

[290] Nesse sentido exemplifica Ana Lúcia Menezes: "Exemplificando, qual seria o interesse público da divulgação de fotos e imagens televisivas de acusado por crime de corrupção, saindo do interior de um hospital onde foi submetido a exames médicos, sobre uma cadeira de rodas, cabisbaixo, acabado pela mídia como pessoa, destituído de qualquer direito à imagem, privacidade ou intimidade? Nenhum, além do fim comercial do meio de comunicação, sem questionar aqui se a população teria esse tipo de curiosidade malsã". (PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 176).

[291]Bittar ensina que "Ficam sob reserva do titular os aspectos e os direitos não compreendidos, por expresso, no contrato. Isso se conforma à própria natureza do direito em tela, que se relaciona faculdade que a pessoa tem de escolher as ocasiões e os modos pelos quais deve aparecer em público. Baseia-se, como os demais direitos dessa ordem, no respeito à personalidade humana, tendo sua origem histórica no "right of privacy", evitando-lhe exposições públicas não desejadas. Mas, com a evolução, acabou por assumir contornos próprios, envolvendo a defesa da figura humana em si, independentemente do local em que se encontra, consistindo, em essência, no direito de impedir que se utilize – sem prévia e expressa anuência do titular, em escrito revestido das formalidades legais – de sua expressão externa, ou de qualquer dos componentes individualizadores (embora, na doutrina ainda se apresente vinculado ao direito ao resguardo, ou à intimidade, de que entendemos distinto". (BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**..., op. cit., p. 89).

[292]KOHLER, Joseph. **A própria imagem**..., op. cit., p. 26.

ao decoro (ou à chamada "imagem moral", ou "conceitual"), à intimidade e a outros valores da pessoa (uso torpe) [...][293]". Bittar observa que a violação do direito à imagem torna-se um meio para que se atinja uma finalidade, qual seja, a degradação do sujeito atacado[294].

Não se olvida o fato de que, como já pontuado, há uma ingerência dos meios de comunicação na vida privada e, consequentemente, na exposição da imagem do indivíduo em particulares situações. Entretanto, em se tratando de processo penal, mormente na investigação preliminar, deve haver a proibição da exposição da imagem dos envolvidos "se ela resulta de modo antissocial, aflitivo ou degradante[295]". A divulgação da imagem dos sujeitos implicados na investigação, principalmente o investigado, deve somente se dar "dentro do contexto da publicidade mediata do processo penal, com um fim social e que não seja divulgada apenas com o objetivo de explorar a imagem da pessoa[296]", evitando a depreciação das imagens retrato e atributo.

É importante pontuar que o direito à imagem abarca todas as características comuns aos demais direitos da personalidade. Há, entretanto, um diferencial muito importante; o aspecto da disponibilidade desse direito. O uso da imagem em peças publicitárias, divulgação de serviços etc., permite que o titular do direito em tela extraia proveito econômico, mediante contratos, do uso de sua imagem[297]. O que não significa que, mesmo com a proteção contratual, a imagem disponibilizada seja utilizada de forma a constranger o seu titular, violando, portanto, o direito à própria imagem.

O indivíduo deve poder escolher "as ocasiões e os modos pelos quais deve aparecer em público[298]." Assim, tem-se que o direito à imagem possui dois conteúdos, um positivo, outro negativo. O positivo resume-se no direito que o indivíduo tem de aparecer se e quando quiser. Já o negativo corresponde ao impedimento da divulgação de sua imagem, que faz surgir a "necessidade do consentimento, sem o qual o titular da imagem não pode fazer valer o seu direito[299]".

---

[293]BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**..., op. cit., p. 90.
[294]Ibid., p. 90.
[295]Ibid., p. 36.
[296]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 176.
[297]BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**..., op. cit., p. 88.
[298]Ibid., p. 88.
[299]BONJARDIM, Estela Cristina **O acusado**..., op. cit., p. 37. Sobre o tema ensina Costa Andrade: "Por seu turno e no plano teleológico e material-axiológico, também a imagem configura um bem jurídico eminentemente pessoal. Com a estrutura de uma liberdade fundamental, que reserva à pessoa uma posição de domínio. E à pessoa que assiste, e em exclusivo, o direito de determinar quem pode gravar, registrar, utilizar ou divulgar a sua imagem. O direito à imagem emerge nesta linha como expressão concretizada da autonomia pessoal. A sua tutela — Constitucional, civilística e penal — há-de, por isso, estar preordenada a obviar aos perigos de manipulação, alienação e heteronomia que a objetivação reificada comporta e potência". (ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal:** uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra

O dano causado por uma exposição indevida da imagem do investigado atinge não somente a sua imagem-retrato; fere também a sua imagem-atributo, como já pontuado. O investigado, por conta da execração, torna-se pária em seu meio social, considerado culpado antes mesmo de pesar contra ele acusação formal. O dano, muitas vezes, é irreparável, como se percebeu nos casos "Escola Base" e "Bar Bodega" ocorridos em São Paulo, respectivamente em 1994 e 1996[300].

2.6 MÍDIA, IMAGEM E PROCESSO PENAL

Delimitado o conceito de imagem e sua devida proteção, deve-se entender de que forma a mídia contribui para a violação ao direito à imagem, aqui, e para fins desse trabalho, particularmente a do investigado.

A liberdade de ser informado e de informar integra o Estado Democrático de Direito e dele é um de seus sustentáculos. E é exatamente por isso que a mídia legitimou-se historicamente como a essencial divulgadora de informações sobre o mundo, direcionada a seus leitores e ouvintes[301]. A comunicação é o ponto central da vida em sociedade, desde tempos primórdios, através de sons, símbolos, gestos e linguagens, até os tempos atuais, em velocidade exacerbada por conta das redes sociais.

A população, em tempos modernos – e das mencionadas redes sociais - tem a mídia como principal fonte de informação, sendo que se tornou dela dependente para atualizar-se e estar a par dos acontecimentos do mundo, hoje em dia, inclusive, recebendo as notícias de forma bastante rápida.

Editora, 1996, p. 132). Ainda sobre o tema, pontua Franceschelli: "Quella presunzione, como si accennava, può essere in concreto esclusa. Ma è evidente come questa esclusione può derivare solo da um comportamento del titolare che si sostanzi in um atto di parziale rinunzia al riserbo, attuato o com l'attribuire ad altri expressamente il diritto ala divulgazione o col consentire tacitamente ala divulgazione; si ripete, ciò può accadere solo rispetto a determinate vicende, a determinati episodi". (FRANCESCHELLI, Bruno. **Il diritto alla riservatezza.** Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960, p. 60).

[300]Para um relato detalhado do caso "Escola Base" Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/>. Acesso em: 07 ago. 2019. – Flávia Rahal, no que toca o tema "Escola Base", assevera: "Houve excesso e erro da mídia na cobertura do caso? Inegável que sim e por isso alguns meios de comunicação foram civilmente responsabilizados. Mas o equívoco foi gerado e induzido pelos responsáveis pela investigação que, deslumbrados com a atenção que ao caso fora dispensada, atropelaram a lei e tornaram públicas informações distorcidas". (RAHAL, Flávia. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004. p. 274). Para detalhes do caso "Bar Bodega", Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/10/investigacao-secreta-da-pm-paulista-mudou-destino-de-jovens-presos-injustamente.shtml>. Acesso em: 07 ago. 2019.

[301]Nesse sentido Luhmann afirma que "aquilo que sabemos sobre nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação." (LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005, p.15).

Assim, a liberdade de informação configura-se como direito pessoal, individual que, de acordo com José Afonso da Silva, "compreende a procura, o acesso, o recebimento ou a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos o que cometer[302]". Ao mesmo tempo, a liberdade de informação tem caráter coletivo, configurando-se no direito da coletividade à informação. Dessa forma, a liberdade de manifestação do pensamento, quando ocorre através dos meios de comunicação, passa a ter caráter coletivo[303].

Cada indivíduo, portanto, tem o direito de informar e ser informado, "sem impedimento e com acesso às fontes informativas[304]". A Carta Política de 1988 nada previu quanto aos meios necessários para fins de informação, contudo, garantiu a liberdade de informar, sem quaisquer restrições[305]. Ainda, no art. 5º, inc. XIV, é garantido o direito de se informar, com acesso à informação. Quando tal acesso é realizado por jornalistas, a estes está garantido, da mesma forma, o direito ao sigilo da fonte[306].

Não basta somente ser titular do direito de informar e ser informado; a informação propalada deve ter qualidade. A liberdade de informação deve não somente ser formal; deve transcender à liberdade material, importando tal movimento em real qualidade da notícia disseminada. Essa liberdade material "presta o serviço público de contribuir para a democracia, para a participação para igualdade, para a justiça, valores todos compatíveis com a verdade[307]".

A informação de qualidade, verdadeira e embasada, preservado o sigilo da fonte jornalística, é um dos pilares de um Estado Democrático de Direito. A Carta Magna de 1988 não indica de forma explicita a necessidade de que a informação transmitida seja verdadeira. Entretanto, retira-se tal mandamento da intenção do constituinte, de forma que não há como proteger o direito de informar se a informação propagada é falsa, ou falseada[308].

Pelo explanado, emerge um conflito por conta da força e velocidade com a qual propagam-se as notícias. Surge a necessidade de, cada vez mais, atualizar-se dos acontecimentos de forma instantânea, fomentando o fetiche do imediatismo. Assim,

---

[302]SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.249.
[303]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 32.
[304]Ibid., p. 32
[305]Art. 220, *caput*, CF 88 – "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".
[306] Art. 5º, inc. XIV, CF 88- "XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".
[307]CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 60.
[308]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 43.

prejudica-se a aquisição de conhecimento que demanda "um tempo de maturação menos acelerado, como o científico, erudito e /ou técnico[309]". Esse conflito "torna cada vez mais atrativos os meios de comunicação em massa como principal fonte de conhecimento[310]".

A mídia, então, extrai vantagem da multiplicidade de problemas que vive o mundo contemporâneo e busca oferecer ao seu público uma resposta rápida às vicissitudes enfrentadas pela sociedade, transmitindo-lhe uma imagem codificada de realidade.

Além de codificar a imagem e disseminá-la, a mídia tem o condão de alterar o conteúdo e a significância da própria realidade. Os meios de comunicação contribuem para a formação social do indivíduo, desde a mais tenra infância até o dia de sua morte e, assim, as mensagens que são propagadas pela mídia passam a compor a maneira de ser da população, que é diretamente sujeitada à sua influência[311].

A ficção, dessa forma, assume papel de protagonismo na vida dos indivíduos e a "definição da realidade assume papel maior que a própria realidade[312]". A rapidez com a qual as notícias se disseminam impressiona, principalmente em uma era em que a realidade, além de distorcida pela mídia, é falseada pelas redes sociais[313]. Além da rapidez da divulgação, as notícias, mormente as relativas a crimes e criminalidade, são, geralmente, pintadas com tintas muito mais fortes do que de costume[314]. Dessa maneira, os destinatários das notícias alarmantes fecham-se em medo e constroem seus meios de proteção contra a violência disseminada, muitas vezes sem escrúpulo, pela mídia irresponsável.

Nessa toada, uma notícia com conteúdo falso ou falseado, ou verdadeiro com a utilização de linguagem imprópria, pode trazer grandes prejuízos, muitas vezes irreparáveis, aos bens personalíssimos da pessoa humana. Honra, vida privada, intimidade e imagem são prejudicados sobremaneira com a veiculação de informações que não condizem com a verdade ou, se condizem, são disseminadas de forma imprópria.

---

[309]MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 108, maio/jun. 2014, p. 439.

[310]MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. **Criminologia**...cit. p. 439.

[311]SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação social de massas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10, abr./jun., 1995.p. 136. jul/dez., 2000, p. 189.

[312]Ibid., p. 136.

[313]Nesse sentido, ensina Ana Lúcia Menezes: "A verdade, pois, é um pressuposto necessário no exercício da liberdade de informação. Deve ser a meta de todo informador. Certamente, a ideia de verdade não é unívoca, sendo, portanto, difícil conceituá-la [...] A notícia deve corresponder aos fatos, de forma mais exata possível, para que seja verdadeira". (PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 41).

[314]MARKEL, Ernst. A justiça e a mídia. **Revista Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, v.4, n.9, jul./dez., 2000, p. 189. Ainda, nesse mister, observa Debord que: "Nosso tempo, sem dúvida...prefere a imagem à coisa, a cópia ao original, a representação à realidade, a aparência ao ser. O que é sagrado para ele, não passa de ilusão, pois a verdade está no profano. Ou seja, à medida que decresce a verdade a ilusão aumenta, e o sagrado cresce a seus olhos de forma que o cúmulo da ilusão é também o cúmulo do sagrado." (DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13).

Porém, a grande maioria dos crimes explorados pela mídia não são fenômenos novos, em que pese os meios de comunicação os venderem como tais, massificando a cultura do medo. Crimes de trânsito, tráfico de drogas, roubos, sequestros, estupros, entre outros, já existem faz muito. Entretanto, para que se propague a incerteza e inquietação da população, a mídia imprime peso duplicado aos delitos e seus investigados, muitas das vezes, estes últimos, expostos de forma indecente e consequentemente considerados culpados sem que, contudo, pese contra eles sequer acusação formal.

A quem interessa, entretanto, a divulgação e disseminação da insegurança? Evandro Lins e Silva, citando o jornalista Luiz Lobo, observa que:

> A paranoia, o medo e a sensação de insegurança interessam somente àqueles que exploram o crime, seja de que maneira for, interessam apenas àqueles que não estão interessados em resolver os verdadeiros motivos da violência, aos que usam a desculpa da violência para serem violentos[315].

O interesse na fomentação do medo tem também viés econômico. A busca pela audiência e a grande concorrência dos meios de comunicação pelo patrocinador fazem com que o jornalista corra atrás do grande "furo" de reportagem. Em detrimento da construção de uma notícia veraz e em prol do *fast journalism* surge a informação falsa ou falseada. Aqui, Shecaira observa que a imprensa moderna tem caráter eminentemente empresarial. Assim, antes de ter função pública, "não se pode deixar de lembrar que ela se constitui através de uma empresa, com objetivos comerciais e com notório interesse em explorar de forma sensacionalista fatos policiais, que lhe rendam muito dinheiro[316]".

De certo que, não somente em modelos econômicos como o brasileiro há a disseminação de informações corrompidas e manipuladas; a mídia controlada pelo Estado também produz distorções e, nesse caso, não por conta somente do domínio de poder econômico. De acordo com o *Comitte to Protect Journalists,* Eritréia[317] e Coreia do Norte[318]

---

[315]Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/De%20Beccaria%20a%20Gramatica.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019. Nesse sentido, pontua Markel: "A mídia, muitas vezes alega atuar como a voz, ou mesmo a representação, do público em geral. Esta é uma questão importante, porque a mídia é uma voz forte, ou talvez a mais forte na opinião pública. No entanto, será que a mídia está realmente expressando o que as pessoas em geral estão pensando? Estará ela efetivamente articulando a opinião das pessoas sobre os tribunais ou Magistrados? Ou será que ela apenas nos lança opiniões mais ou menos pessoais de jornalistas, transmitindo as linhas mestras nas quais aquele veículo está interessado?". (MARKEL, Ernst. **A justiça**..., op. cit., p. 189).

[316]SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. **Boletim IBCCRIM,** n. 45, p. 16, 1996.

[317]Na Eritréia, de acordo com o *Comitte to Protect Journalists*: "Apenas a mídia estatal tem permissão para divulgar notícias; o último correspondente internacional credenciado foi expulso em 2007. Mesmo aqueles que trabalham para a fortemente censurada imprensa estatal vivem constantemente com medo de serem presos por conta de qualquer reportagem percebida como crítica ao partido governista, ou em caso de suspeita de vazamento de informações para fora do país. Os últimos meios de comunicação de propriedade privada tiveram suas atividades interrompidas e seus jornalistas foram presos em 2001. Muitos continuam atrás das grades; a

são os países que mais praticam censura no mundo[319] utilizando-se "de táticas que vão desde a prisão e leis repressivas, até o assédio a jornalistas e restrições de acesso à internet[320]". A manutenção de poder via controle da mídia é uma das características de regimes absolutistas de forma que tais governos impingem a seus cidadãos "uma combinação de monopólio da mídia, assédio, espionagem, ameaças de prisão de jornalistas e restrição da entrada no país ou de movimentação de jornalistas no território nacional[321]".

Noutro lanço, há a necessidade de tornar a informação sintética e de acesso rápido e fácil ao grande público, somada à pressão da qual padece o jornalista para entregar seu trabalho rápido, antes do fechamento da edição, seja ela impressa, televisiva ou eletrônica. Assim, não há como verificar a veracidade da informação, de modo que o público é alimentado por um conteúdo mal preparado[322].

Eritreia tem o maior número de jornalistas presos na África. Nenhum dos detidos é levado a julgamento, e o medo de ser preso forçou dezenas de jornalistas a ir para o exílio. Aqueles que se encontram no exílio tentam proporcionar acesso a sites de notícias e transmissões de rádio on-line independente, mas a oportunidade de fazê-lo é limitada por causa do bloqueio de sinal e do rígido controle on-line da única empresa de telecomunicações estatal, a ERITEL. Todas as comunicações móveis têm que passar pela ERITEL, e todos os prestadores de serviços de internet precisam usar a porta de entrada controlada pelo governo. O acesso à internet é extremamente limitado e está disponível apenas através de conexões via telefonia fixa lentas. Menos de um por cento da população tem acesso às linhas, de acordo com dados da União Internacional de Telecomunicações das Nações Unidas" - Disponível em: < https://cpj.org/pt/2015/04/os-10-paises-que-mais-censuram.php>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[318]Já na Coréia do Norte, "O artigo 53 da Constituição do país menciona a liberdade de imprensa, mas mesmo com um escritório da Associated Press - provisionado com pessoal norte-coreano e localizado na sede da Agência Central de Notícias Coreana, que é um órgão estatal - e um pequeno corpo de jornalistas da imprensa estrangeira de países politicamente simpáticos, o acesso a fontes de notícias independentes é extremamente limitado. Quase todo o conteúdo dos 12 principais jornais da Coreia do Norte, dos 20 periódicos e das empresas de radiodifusão é proveniente da Agência Central de Notícias Coreana, cujos focos são as declarações e atividades da liderança política. A internet é restrita à elite política, mas algumas escolas e instituições do Estado têm acesso a uma intranet rigidamente controlada chamada *Kwangmyong,* segundo a AP. Os norte-coreanos que procuram informações independentes têm se voltado para a TV e sinais de rádio estrangeiros acessados de forma ilegal e DVDs contrabandeados do exterior, particularmente ao longo da porosa fronteira com a China. Embora os telefones celulares sejam proibidos, alguns cidadãos puderam nos últimos anos ter acesso a notícias através de telefones contrabandeados, que utilizam torres de transmissão chinesas. Jornais sul-coreanos têm reportado que a Coreia do Norte, em 2013, iniciou a fabricação de smartphones que rodam em uma rede construída pela empresa egípcia *Orascom* e pela empresa estatal *Korea Post and Telecommunications Corp. Traders*, e em mercados de rua são vistos regularmente celulares 3G que são capazes de reproduzir imagens de vídeo e mensagens de texto, de acordo com os viajantes que retornam da Coreia do Norte". - Disponível em: < https://cpj.org/pt/2015/04/os-10-paises-que-mais-censuram.php>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[319]Os demais países são Arábia Saudita, Etiópia, Azerbaijão, Vietnã, Irã, China, Mianmar e Cuba. Disponível em: < https://cpj.org/pt/2015/04/os-10-paises-que-mais-censuram.php>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[320]Disponível em: < https://cpj.org/pt/2015/04/os-10-paises-que-mais-censuram.php>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[321]Ibid.

[322]Nesse sentido, Nilo Batista observa que: "Cabe analisar à parte o papel do repórter policial. Constantemente exposto a relações perigosas, está sujeito a permear-se pelas perspectivas ideológicas do discurso de lei e ordem, convertendo-se de (bom) repórter em (mau) policial-repórter, como parece ter ocorrido algumas vezes no rádio. A vertente política é sem dúvida importante, mas devemos evitar reducionismos ilusórios, que veja, tal como observado por Steve Chibnall, no profissional da comunicação um simples títere manipulado pelo dono do veículo e oprimido pelo seu poder". (BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 139).

A opinião pública torna-se, então, opinião privada de forma que a distorção do fato jornalístico, como asseverado, tem notável interesse econômico e político[323] através, por exemplo, da venda de espaço publicitário nos intervalos ou mesmo durante os noticiosos.

Em verdade, os meios de comunicação de massas, incluído as redes sociais, modificam e integram os valores da opinião pública, formando e deformando o comportamento social[324]. Há, assim, uma relação direta entre mídia e violência, de forma que a primeira não é somente um espelho da realidade, mas uma direta intervenção e distorção dela. A combinação entre real e imaginário configura um meio de ingerência que dissemina à realidade cenas do próprio imaginário, além de trazer influência reversa, do imaginário ao real[325]. Assim, não se enxerga mais a realidade, mas sim uma realidade midiatizada[326] e como consequência, uma violência midiatizada. Como observa Shecaira: "A verificação da violência na TV transformou-a num objeto universal de fascinação, num espetáculo planetário[327]".

A aptidão que tem os meios de comunicação de reproduzir a violência, principalmente na era das redes sociais, é exageradamente grande. Zaffaroni observa que;

> [...] na necessidade de uma criminalidade mais cruel, para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e, por conseguinte, os que assumem papel correspondente ao estereótipo ajustem sua conduta a estes papéis[328].

A mídia deveria ser mera reprodutora de informação, espelho puro de realidade, revelando os fatos da forma como ocorreram. Entretanto, "entre o jornalista e a audiência se

---

[323]Sobre o tema, Shecaira observa que há uma conexão direita entre mídia e poder público, tendo em vista que uma parte de deputados e ex-deputados (legislatura, na época, de 1987 e 1993) eram proprietários de diversas emissoras de rádio e televisão, sendo que alguns compunham a Comissão de Ciências e Tecnologia e Comunicações – que aprovavam as concessões de canais propostas pelo poder Executivo. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A criminalidade**..., op. cit., p. 138).

[324] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A criminalidade**..., op. cit., p. 137.

[325]Ibid., p. 137.

[326]Na lição de Markel: "Muitas vezes ouvimos dizer que a mídia é o "quarto poder" do Estado, especialmente nos países em que a imprensa é muito apreciada como instrumento para informar o público, acima de tudo, sobre as atividades e processos das autoridades do Estado. Como sabemos, a mídia exerce um poder considerável sobre o público e, portanto, desempenha um importante papel em toda sociedade democrática" (MARKEL, Ernst. **A justiça**..., op. cit., p. 189).

[327]Ibid., p. 137/138.

[328]ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 131. Sobre o tema ensina Bechara: Com efeito, o perfil da imprensa nacional, responsável ou não. Sensacionalista ou coerente, não importam posta-se como verdadeiro e indiscutível quarto poder, capaz de mobilizar massas, instigar o brio da maioria, e conduzir a opinião pública da maneira como bem lhe aprouver". - BECHARA, Fábio Ramazzini. **Ministério público, mídia e opinião pública**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 2, n. 12, jun. 2000, p. 13.

estabelece um acordo comunicativo e uma confiança socialmente negociada[329]". Dessa forma, a notícia nunca será retrato de realidade, mas sim uma construção social, em que pese a própria mídia se esforçar em tentar demonstrar ser um espelho fiel do mundo real. A lei do espetáculo, assim, sobrepõe-se à liberdade de imprensa, tão cara a um estado democrático[330].

Inegável que a mídia atribui à realidade manipulada um efeito de fascinação, transmitindo ao público imagens contaminadas sobre, por exemplo, um fato criminoso. Dessa forma, não há mais a possibilidade de que se faça uma distinção entre imagem e realidade[331]. A imagem contaminada transforma o investigado pela prática de um delito, instantaneamente, em autor do crime, e, nesse momento, "cria-se o estereótipo do criminoso[332]".

A linguagem-clichê da mídia sensacionalista torna-se poderosa arma e estratégia dos meios de comunicação em massa. Essa linguagem, vulgar, compacta e sem qualquer moderação, "busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional[333]". Dessa forma, a mídia torna nebulosa a relação entre os limites da realidade e da fantasia. O espectador – ou ouvinte/leitor – passa a viver a notícia, pois, por conta da utilização da mencionada linguagem-clichê, torna-se impossível ficar imune a ela. Nesse momento, o público, entorpecido por esse "mundo-imaginação" escapa de sua vida cotidiana, criando uma barreira contra seus próprios sentimentos. Assim, o receptor da notícia não consegue mais diferenciar o que é verdadeiro do que é sensacional[334].

Esse estado constante de insegurança real, em que pese ter sido concebido por vias irreais e criado por uma mídia que distorce a realidade amparada pelo "interesse público", acaba por trazer maléfica influência para a justiça criminal e intervir de forma negativa,

---

[329]SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A criminalidade**..., op. cit., p. 139.

[330]Sobre a liberdade de imprensa e suas limitações já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça em tese consolidada: "A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade". – Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 21/11/2019. Nesse sentido cf. REsp 1704600/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 15/10/2019. AgInt no REsp 1586380/DF, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019. REsp 1771866/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019. REsp 1322264/AL, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 28/09/2018. REsp 1652588/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017. REsp 1243699/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016.

[331]Nesse mister, observa Ana Lúcia Menezes – "A notícia do crime, selecionada para a publicação, pode ocultar de um lado e revelar de outro. É parte da realidade dos fatos: é outro fato estimulado pela criação da imagem do ocorrido, que a mídia faz sentir, faz ver pelo público". (PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 179).

[332]Ibid., p. 179.

[333]Ibid., p.49.

[334]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 49.

muitas vezes, na própria criação de legislação penal e processual penal[335]. A exploração do medo consigna à opinião pública uma força relevante em decisões que trazem modificação à própria política criminal de um estado[336].

Partindo-se dessa premissa, não há direito ou valor que impere absoluto ou que "se sobreponha a outro de forma livre e incondicionada[337]", nem no ordenamento jurídico brasileiro, nem no de qualquer outro país democrático. O interesse público também encontra seus limites. Nesse mister, o interesse será público quando extrapolar o individual e tangenciar todo um grupo social. Assim, pode-se afirmar que "interesse público" é um conceito de bem geral, coletivo como um todo, um "interesse transindividual[338]".

Nessa esteira, importante observar que o interesse público vai de encontro ao interesse individual quando o tema é processo penal. Durante a persecução penal não há a necessidade de que se legitimem direitos e garantias individuais, que, *per se*, devem ser tomados como pressupostos de um estado democrático. O que deve ser legitimado é o poder de punir estatal, a intervenção do estado sobre a liberdade do indivíduo[339]. Nesse caso, o interesse individual supera, em muito, o interesse público.

Aury Lopes Júnior observa que, hodiernamente, a sociedade deve ser analisada por um aspecto de coexistência e não mais como "um ente superior de que dependem os homens que o integram[340]". Assim, não se pode mais admitir que haja uma "concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, onde os homens são meras células, que lhe devem cega obediência[341]." A composição de um Estado somente se justifica quando é meio e que busca como fim a tutela dos direitos e garantias individuais do homem.

No que tange o processo penal, mesmo atos que não são considerados sigilosos, se passíveis de acarretar constrangimento, devem ser reputados como tal, e assim serem

---

[335]Muito comum na história da confecção das leis criminais no Brasil, legislações concebidas *a la carte*, aos tropeços, ao sabor do clamor popular, e que, posteriormente, tiveram de ser recortadas, coladas, e remendadas para que ficassem minimamente compatíveis com a CF 88. Exemplo claro é a Lei 8072/1990 que traz disciplina aos chamados "crimes hediondos". Nesse sentido, Zilli observa que: "Medidas punitivas e persecutórias projetam-se sobre fenômenos que, necessariamente, devem ser apreendidos pelo conhecimento. O descobrimento sobre o objeto de atuação é desastroso, este é, aliás, o defeito recorrente das iniciativas legislativas de emergência". (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A colaboração premiada nos trópicos. Autonomia das partes e o imperativo do controle judicial: leituras sobre a Lei 12.850/13 à luz da eficiência e do garantismo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da et al. **48 visões sobre a corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 855).

[336]LYNCH, Michael J. **Percezione del reato da parte del pubblico**. In: FERRACUTI, Franco. **Criminologia e società**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 208.

[337]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo**..., op. cit., p. 128.

[338]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 3, p. 64.

[339]LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal – introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36.

[340]LOPES JR., Aury. **Fundamentos...,** op. cit., p. 37.

[341]Ibid., p. 37.

impedidos de divulgação por parte da mídia. A publicidade dada pela mídia, nesses casos, não somente prejudica o investigado como também "o bom funcionamento da justiça no que toca o interesse público[342]". Como se sabe, até aqui não há acusação formal contra o investigado, em que pese haver imputação. É nessa toada é a lição de Pontes de Miranda:

> [...] o segredo de justiça pode ser ordenado sempre que se trate de matéria que humilhe, rebaixe, vexe ou ponha aparte em situação de embaraço que dificulte o prosseguimento do ato, a consecução da finalidade, do processo, ou possa envolver revelação prejudicial à sociedade, ao Estado, ou a terceiro[343].

No momento em que há conflito entre interesse público e privado, deve ser feita ponderação, pelo princípio da proporcionalidade, para que se procure, receba, ou difunda uma informação. Ainda, "interesse público" não pode, em hipótese alguma, ser alçado à condição de "curiosidade pública". Assim, "a difusão de fatos da vida privada das pessoas, quando não haja qualquer liame no interesse e formação da opinião pública, não será lícita, devendo, *in casu*, ceder o interesse social aos bens personalíssimos protegidos juridicamente[344]".

No processo penal, principalmente na tenra fase da investigação preliminar, o próprio Estado já invade a esfera de intimidade do indivíduo. A inconveniência de ter a sua imagem exposta pelos meios de comunicação nessa fase – principalmente na era das redes sociais, onde tudo se eleva à quarta potência – acrescenta um fardo a mais ao investigado, reafirmando, dessa forma, a necessidade pungente de se dar efetividade à proteção dos direitos à personalidade, aqui, com mais ênfase ao direito à própria imagem[345]. Na investigação preliminar, os direitos da personalidade, particularmente o direito à imagem, já se encontram combalidos pela própria natureza da *persecutio*, que coloca, sem qualquer dúvida, a individualidade do investigado em risco.

---

[342]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo**..., op. cit., p. 138.
[343]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**..., op. cit., p. 64.
[344]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo**..., op. cit., p. 139.
[345]Sobre o tema, pontua Ana Lúcia Menezes, citando Campos Maia: "Em 1921 escrevia Campos Maia: "A imprensa é, em verdade, uma força nervosa, intelligente, dominadora, com um poder de rapidez absolutamente único e inimitável na propagação do pensamento. Estampa, grava, estereotypa, em caracteres que ficam, que permanecem, que se perpetuam, a linguagem concebida e graphada sob o império dos sentimentos que a animaram, expondo-a num só e mesmo tempo, mediante o poder das largas tiragens e distribuições, aos olhos, à leitura, ao conhecimento de toda gente, sem reservas nem distincções. Ninguém se forra ao goso da leitura do jornal. E a columna onde irrompe insólito e violento o ataque à honra daquelle bem jurídico, - essa não deixará nunca de exercer uma força de particular atracção, a influir na psycologia toda especial do grande público, sempre estranhamente accessível às sensações produzidas pelos escândalos que estalam com mais ou menos fragor" (VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p. 139). E: CAMPOS MAIA, L. de. **Delictos da linguagem contra a honra.** São Paulo: Typ. do "Diario official", 1921. xvi, p. 2.

2.7 A PUBLICIDADE NO PROCESSO PENAL: MÍDIA E INVESTIGADO

Importante, para iniciar o tópico, observarmos a lição de Lafer, que assevera que público/privado constitui "uma das grandes dicotomias do Direito[346]". Para que se possa examinar tal dicotomia, imperioso mencionar duas acepções fundamentais dos termos, a partir das quais se estrutura a sua relação de oposição. Na primeira acepção, "público é o que afeta todos ou a maioria, sendo portanto o 'comum', que se contrapõe ao privado, visto como o que afeta a um ou a poucos. Na segunda, público é o que é acessível a todos, em contraposição ao privado, encarado como aquilo que é reservado e pessoal[347]".

O problema reside em saber até que ponto está garantida a publicidade dos atos processuais, que é regra[348], e "em que medida ela pode ser limitada[349]". Nesse sentido, observa Gennaro que:

> Nel campo dela pubblicità guidiziaria il fenomeno assume tavolta aspetti appariscenti, che non possono non turbare quanti siano pensosi dele sorti dela Giustizia e timorosiche uma libertà senza limiti e senza responsabilità, possa per reazione condurre a leggi liberticide[350].

Partindo dessa premissa, e sem querer esgotar o tema, que demandaria trabalho próprio, pretende-se, neste tópico, trazer à baila considerações que implicam no abuso que ocorre quando a publicidade extraprocessual penal, encampada por sua vertente imediata/mediata, extrapola seus limites, acarretando a exposição indevida da imagem do investigado, violando, por consequência, o seu direito à própria imagem.

A publicidade dos atos no processo penal é garantia indelével dos envolvidos no transcorrer de uma ação penal. Lauria Tucci observa que a publicidade assegura a defesa do imputado em sua totalidade e que a ampla publicidade dos atos processuais "se perfaz com o conhecimento e a presença, na totalidade deles, dos interessados na definição e/ou satisfação de concreta relação jurídica penal, bem como pelo acesso a eles de todos os membros da comunidade[351]".

---

[346]LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988., p. 243.
[347]Ibid., p. 243.
[348]Art. 5º, inc. LX, CF 88.
[349]MORAES, Mauricio Zanoide de. **Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira.** In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coords.). **Sigilo no processo penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 29.
[350]GENNARO, Domenico de. La pubblicita delle procedure penali**. Archivio Penale**, Roma, v. 18, 1/12, p. 288., jan./dez. 1962.
[351]TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos**..., op. cit., p. 174.

Ainda, a publicidade no processo penal presta-se, não somente para garantir aos interessados um *due process* legítimo, protegido contra qualquer vício, bem como para que a sociedade possa acompanhar e opinar sobre a "retidão dos órgãos judiciais[352]". Plácido e Silva ensina que "a publicidade, dentro de sua finalidade jurídica, pretende tornar a coisa ou o fato de conhecimento geral, isto é, para que todos possam saber ou conhecer o fato a que se refere[353]". Na toada do autor, o conceito de publicidade traduz-se pela compreensão de que o acesso do público às informações do processo deve ser absoluto e indistinto[354].

Isso é facilmente compreendido se levarmos em consideração que um Estado Democrático é fundado no princípio da soberania popular e conjectura a participação dos cidadãos na atuação dos poderes estatais[355]. A participação popular na tomada decisões do estado é da própria natureza que define um regime democrático. Assim, para que o cidadão possa participar dinamicamente do processo político, fundamental que haja a publicidade dos atos de governo e como consequência, dos atos processuais. O princípio da publicidade deve, então, "ser considerado viga mestra que sustenta, norteia e informa os atos dos poderes públicos[356]".

Nessa trilha pontua Gennaro que com a evolução dos meios de comunicação a população passou a ter contato com "problemi che prima ignorava ed hanno indubbiamento ingenerato uma difusa tendenza all'esame pubblico dei problemi che interessano la 'res-pubblica', primo fra tutti quello relativo all'smministrazione dela Giustizia[357]".

Ocorre que, a despeito de ser o controle popular dos atos de administração de justiça fundamento de um Estado Democrático de Direito, tal premissa deve encontrar limites na própria liberdade que a legitima, de forma que "l'esercizio di uma libertá non deve sopprimere, nè restringere, oltre i limiti che la legge há fissato, la libertà altrui[358]".

Nessa toada, tem-se que o Poder Judiciário pratica atos de governo ao exercer a função jurisdicional. Logo, o exercício da jurisdição, que é praticado pelo estado através do processo, deve ser público. O Poder Jurisdicional somente se torna visível e transparente através da

---

[352]Ibid., p. 174.
[353] PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocábulo jurídico.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 758.
[354]No mesmo sentido manifesta-se Lopez – "un procedimiento es público cuando tienen libre acesso a su contenido de personas ajenas al órgano judicial". (LOPEZ, Alberto Manuel. Publicidad, Indefension y Tutela Judicial Efectiva. **Actualidad Penal,** n. 27, p. 375, 1993.
[355]DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.145.
[356]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p/p. 64/65. Nesse mesmo sentido, cf. GENNARO, Domenico de. **La pubblicità**..., op. cit., p. 289.
[357]GENNARO, Domenico de. **La pubblicità**..., op. cit., p. 289.
[358]GENNARO, Domenico de. **La pubblicità**..., op. cit., p. 289.

publicidade de seus atos processuais[359], guardados os limites da intimidade, vida privada, honra, imagem etc.

2.7.1 Publicidade externa/extraprocessual e interna/endoprocessual

A doutrina categoriza a publicidade dos atos processuais de várias maneiras. Para fins desse trabalho nos ateremos à publicidade externa/interna e mediata/imediata[360]. Importante pontuar que a diferença entre publicidade imediata e mediata concerne somente à publicidade externa pois as partes, seus procuradores e o Magistrado devem ter acesso direto e imediato ao processo.

Assim, a publicidade dos atos processuais possui, duas frentes; aquela que somente diz respeito às partes e que possibilita e garante o exercício do contraditório e da ampla defesa e aquela que tangencia o grande público a que tem por finalidade o controle público dos órgãos de Justiça e a "contínua promoção da confiança popular nos tribunais[361]".

Seja como for, em qualquer das frentes a publicidade dos atos processuais penais deve ser analisada pela perspectiva da proporcionalidade e a "constitucionalidade dos preceitos relacionados como o sigilo na persecução penal[362]". No que tange a proporcionalidade, deve-se asseverar que, em que pese a publicidade dos atos processuais ser a regra, "as exceções somente poderão ser criadas por leis, desde que estas se limitem às justificativas também dispostas no texto maior[363]".

Nessa trilha, como já asseverado, a publicidade pode se manifestar forma externa, ou extraprocessual – projetando seus efeitos para fora do processo – e de forma interna ou endoprocessual, atingindo as partes, seus procuradores e o Magistrado[364]. A publicidade endoprocessual diz respeito ao direito que partes, seus procuradores e Magistrados têm de possuírem conhecimento integral sobre o conteúdo do processo, "abrangendo a prévia ciência

---

[359]Ibid., p. 66.
[360]Tucci, dentre outros, categoriza a publicidade da seguinte forma; publicidade ativa e passiva, mediata e imediata e externa ou interna. Observa ainda que "Tais critérios distintivos [...] baseiam-se na maior ou menor amplitude conferida à publicidade dos atos processuais e consequentes participação dos interessados e cognição dos demais membros da coletividade. Por isso as categorias apontadas, quer consideradas isoladamente, quer em conjunto, nem sempre atendem à proclamada exigência de conhecimento geral da atuação dos agentes do Poder Judiciário, ao qual se faz ínsito, induvidosamente, o ideal de, tanto quanto possível, perfeita realização de justiça". (TUCCI, Rogério Lauria **Direitos**..., op. cit., p. 185). No mesmo sentido, cf. MORAES, Mauricio Zanoide de. **Publicidade**..., op. cit., p. 43.
[361]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p. 74
[362]MORAES, Mauricio Zanoide de. **Publicidade**..., op. cit., p. 42.
[363]Ibid., p. 42.
[364]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p. 74

dos atos a serem praticados, presença física nos atos de que participem e intimação dos atos realizados sem sua direta participação"[365].

A publicidade extraprocessual transmite um conceito de legitimidade e transparência no exercício do poder, que deve ter o povo como fiscalizador das atividades públicas. Dentro desta premissa, a Justiça somente se legitima com a direta participação popular fiscalizando seus atos. Se não há controle popular sobre os atos de Justiça não há transparência, e sem transparência não há democracia. Forma-se, então, "um nexo indissolúvel entre a publicidade e a democracia no processo[366]". Assim, tem-se que a publicidade externa possui um caráter eminentemente político pois possibilita o controle popular sobre a maneira como se administra a Justiça.

O controle popular sobre a Justiça evita os abusos de poder. Sob vigilância popular, juízes, promotores e advogados "muito menos se atreverão [...] ao mau uso do poder, se há ampla publicidade de seus atos e sabem que estão sendo vigiados pela opinião pública[367]". Entretanto, há limites para o alcance da publicidade externa, devendo encontrar barreira quando surge a necessidade de que sejam garantidos outros direitos de mesma relevância.

2.7.2 Publicidade imediata e mediata

Na publicidade imediata, que junto da mediata é espécie da publicidade externa, tem-se que a tomada de conhecimento dos atos processuais por parte do público deriva de sua direta assistência à atividade processual[368]. Na publicidade mediata, porém, o público toma conhecimento dos atos processuais, por exemplo, "mediante certidão, cópia, ou pelo *mass media*[369]".

Fato é que a publicidade imediata vem à tona quando o grande público acompanha os atos processuais *in loco*, sem que se "exija dele uma particular qualificação profissional, nem

---

[365]SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da. **A publicidade e suas limitações - a tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**. Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho. 2010. 180 p. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 43.
[366]Ibid., p. 86.
[367]Ibid., p. 89.
[368]Helena Abdo, nesse sentido, observa que a publicidade imediata é aquela que "se desenvolve mediante a presença física dos eventualmente interessados. Trata -se da chamada publicidade imediata (também denominada publicidade direta ou processual), a qual se contrapõe à publicidade mediata (também conhecida por publicidade indireta ou extraprocessual". (ABDO, Helena. **Mídia e processo**. São Paulo: Saraiva 2011, p. 47).
[369]TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos**..., op. cit., p. 186.

uma particular relação entre a sua pessoa e o processo[370]", como, por exemplo, quando da presença popular em julgamentos do Tribunal do Júri. Carnelutti ensina que a publicidade imediata resume-se na possibilidade que é franqueada ao público de acessar o local em que se praticam os atos processuais. Essa publicidade, por razões logísticas, é limitada ao número de pessoas que o local de prática dos atos processuais comporta[371].

A publicidade mediata, por sua vez, é aquela que é disseminada pela mídia e que pode se traduzir não somente no reconhecimento de que os jornalistas podem presenciar os atos processuais, como também não obstá-los de narrar tais atos a um número indeterminado de pessoas que acessam os meios de comunicação.

A publicidade dos atos processuais penais, na legislação brasileira, é aquela que diz respeito ao caráter popular e imediato, com a presença física do público, aquelas pessoas que, como já pontuado "não tem uma posição particular no processo[372]". A presença do público no interrogatório do réu e na inquirição de testemunhas, por exemplo, é franqueada pela própria lei e vem prevista no art. 792, *caput* do Código de Processo Penal[373]. Percebe-se, dessa forma, que o artigo mencionado refere-se ao aspecto imediato da publicidade dos atos processuais penais.

Ocorre que, com o evoluir das sociedades de massa, a publicidade imediata tornou-se mitigada, tendo em vista que o interesse do público em acompanhar diretamente a prática de atos processuais diminui. Em contrapartida, com o constante crescimento dos meios de comunicação de massa, e da maciça presença das mídias sociais, a divulgação dos atos processuais pela vertente "mediata" aumentou sobremaneira.

Como todo e qualquer princípio, a publicidade imediata encontra suas limitações. Poderá ela ser restringida por lei ordinária quando "a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem[374]" ou quando "puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de

---

[370]Ana Lúcia Menezes observa que "Nesse primeiro sentido parece ser a interpretação dos textos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, quando falam de público *tout court"*. (VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p. 96).
[371]CARNELUTTI, Francesco. **La pubblicità**..., op. cit., p. 4.
[372]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p. 98.
[373]Art. 792, CPP – "Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.§ 1o Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.§ 2o As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada".
[374]CF, art. 5º, inc. LX.

perturbação da ordem"[375]. Ainda, a limitação da publicidade também pode se dar através de lei ordinária "se o interesse público o exigir", como preconiza o art. 93, IX do texto constitucional de 1988[376]. Portanto a restrição à publicidade dos atos processuais, dentro do contexto de publicidade imediata – aqui tratamos de atos processuais penais – deve ocorrer quando presentes as hipóteses constitucionais e infraconstitucionais alinhavadas.

Por seu turno, a publicidade mediata, "que possibilita o relato público do processo por meio da crônica jornalística[377]" e decorre da liberdade de imprensa e do direito que os populares têm de serem informados dos atos do Poder Judiciário, também encontra limitações. Com o desenvolvimento tecnológico voraz, que desembocou na criação de mídias sociais, a disseminação dos atos do Poder Judiciário vem causando os mais diversos prejuízos àqueles que se veem envolvidos com a justiça criminal, desde os primórdios da *persecutio.*

Assim, os pontos positivos da divulgação de atos judiciais pela mídia tornam-se encobertos por sua face mais nefasta; a execração pública daqueles sobre os quais sequer pesa acusação formal; os investigados[378]. O jornalismo pode ser um grande aliado no combate à criminalidade, informando e difundindo conhecimento através de campanhas de esclarecimento[379]. Mas a distorção da realidade, mencionada anteriormente, faz com que as notícias transforme-se em "armas de dois gumes; benéfica quando revela a expressão da verdade e maléfica, quando ainda que sutilmente, se preste a meio de propaganda daquilo que não serve ou que seja nocivo à sociedade[380]".

Surge aqui um ponto que merece reflexão: não somente o fato criminoso está na pauta dos noticiosos; o próprio Poder Judiciário é cobrado pelo grande público, via publicidade mediata, para que "faça justiça", e para que exerça seu múnus de forma pública e escorreita, dentro dos ditames legais.

Nos dias atuais, de *mass media* e redes sociais, essa cobrança busca a punição dos envolvidos em fatos criminosos a qualquer preço, sem que, muitas vezes, sejam observadas as

---

[375]Art. 792, § 1º do CPP.
[376]A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos traz em seu art. 8.5 a seguinte redação – "5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça".
[377]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p. 101.
[378]Sobre o tema, Lopes Júnior ensina que "Em definitivo, não há que negar que a publicidade realmente prejudicial não é a imediata, mas sim a mediata, pois a natural limitação do local em que são realizadas as audiências (momento máximo de publicidade) ou as tomadas de depoimento na polícia só permitem que algumas poucas pessoas assistam ao ato. O grande prejuízo vem da publicidade levada a cabo pelos meios de comunicação de massa, como o rádio, a televisão e a imprensa escrita, que informam a milhões de pessoas de todo o ocorrido, muitas vezes deturpando a verdade em nome do sensacionalismo". (LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas**..., op. cit., p. 128).
[379]Ibid., p. 105.
[380]GOMES, Geraldo. Tóxicos. A comunicação de massa. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, v. 86, p. 30, jan.-fev. 1984.

garantias e direitos do investigado. Não é incomum que, tanto os meios de comunicação, quanto a autoridade policial cedam aos apelos sociais. A lógica da publicidade mediata, então, transfigura-se, se torna subvertida. Ao invés de informar, contribui-se para uma punição antes mesmo do oferecimento da denúncia.

Pergunta-se, ainda; a publicidade dos atos processuais atinge somente os atos originalmente processuais, excluindo de sua seara a investigação – que é procedimento administrativo - e, consequentemente, o investigado? A resposta para tal questionamento é negativa tendo em vista que a fase de investigação preliminar é, em regra, a que dá origem à *persecutio criminis* e deve, essencialmente, transmitir ao investigado todo o rol de garantias e direitos individuais presentes no texto constitucional e nos diplomas convencionais dos quais o Brasil é signatário[381]. E isso, indubitavelmente, inclui a publicidade dos atos governamentais/processuais, *in casu*, da investigação.

Ante o exposto, conclui-se que, tanto na ação penal quanto na investigação, a publicidade interna/endoprocessual apresenta-se como garantia política pois permite que acusado que participe de um processo – ou investigação - públicos, consonante com as normas prescritas em lei, sendo então, garantia do próprio cidadão. A publicidade interna valida os atos da investigação preliminar, garantindo ao investigado a segurança de um transcorrer investigativo livre de qualquer vício[382]. Os direitos e garantias do investigado, portanto, devem ser sempre observados, de forma que os atos oriundos da autoridade policial, do Ministério Público ou do Juízo, durante a investigação, devem estar de acordo com as disposições legais.

É somente através da publicidade interna dos atos processuais que o investigado pode tomar ciência e providências em relação às decisões coercitivas que podem restringir a sua liberdade. E durante a investigação preliminar várias delas podem ocorrer; a decretação de prisão cautelar, o sequestro ou arresto de bens, uma medida cautelar de busca e apreensão, somente a título de exemplo, são restrições de liberdade (seja ela corpórea, seja patrimonial) que atingem diretamente o indivíduo.

Medidas restritivas levadas a cabo sem a observância da legislação vigente não podem prosperar. O investigado, através da publicidade interna, tem acesso ao ato constritor, podendo, tecnicamente, combatê-lo. O investigado, assim, protege-se contra as violações

[381]Sobre o tema, Marta Saad observa que o direito de defesa "não pode ser negado antes do indiciamento formal. Se é certo que o direito de defesa se faz necessário após o indiciamento forma, é também certo que, por não estar definido o momento em que deve ocorrer o indiciamento formal, exercício do direito de defesa não pode ficar em posição de aguardo, na dependência de um evento futuro e Acerto, portanto suscetível, em tese, até mesmo a abusos dos condutores do inquérito". (SAAD, Marta. **Direito**..., op. cit., p. 262).
[382]TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos**..., op. cit., p. 240.

estatais, desde o seu nascedouro[383]. A publicidade, nessa trilha, "constitui um verdadeiro princípio de garantia que irá produzir consequências em toda estrutura do processo penal, favorecendo o respeito a vários direitos da parte acusada, como a presunção de inocência, a privacidade e a manutenção da dignidade pessoal [...][384]".

A publicidade externa (imediata – menos comum hodiernamente - e mediata), por sua vez, deve submeter-se a limitações principalmente em ocasiões nas quais os órgãos de mídia encontram na divulgação de atos judiciários (e de polícia judiciária) meios para denegrir e execrar a imagem do investigado. Assim, o direito à imagem deve prevalecer sobre o direito à informação e liberdade de imprensa, bem como à publicidade dos atos processuais, aplicando-se o princípio da proporcionalidade na equação[385].

[383]De certo que medidas cautelares, antes de sua execução, devem encontrar limitação em sua publicidade sob pena de maculação da eficácia do próprio ato. Uma medida cautelar de busca e apreensão, por exemplo, só vem ao conhecimento do alvo quando de sua concreção, e não quando de sua decretação. Tudo isso para que se evite a frustração da execução da própria medida.

[384]VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal**..., op. cit., p. 92.

[385]Nesse mister, Grinover aduz que: "O ordenamento jurídico não pode ser concebido senão como um sistema de limitações recíprocas dos diversos direitos subjetivos nele existentes, a fim de que possam coexistir em plena harmonia. Por outro lado, não se pode descurar a função social das liberdades públicas, a ser assinalada também no que concerne o direito à intimidade." (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades**..., op. cit., p. 114).

3 AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO DURANTE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Após as digressões teóricas, imperioso pontuar quais são as violações ao direito à imagem do investigado e em quais momentos elas ocorrem, sempre, dentro de um contexto de investigação preliminar. Neste tópico pretende-se abordar de maneira crítica como é atingida a imagem do investigado nas mais diversas situações que envolvem a investigação preliminar.

Como já pontuado, a situação de investigado nasce quando sobre o sujeito recai imputação e, a partir desse momento, fica ele submetido ao poderio punitivo do estado e contra o abuso deste, deve estar devidamente protegido. Desde esse instante passa o indivíduo a gozar de toda a gama de proteção constitucional e convencional que lhe é franqueada, sem exceções.

Claro exemplo do explanado é a condução coercitiva, que é medida restritiva, assim como as cautelares, e que imprime ao suspeito imputação, tornando-o investigado[386]. Deve, então, estar o "conduzido", agora investigado, escorado pelo aparato constitucional/convencional para que não sofra violações em seus direitos, mais especificamente, o direito à imagem.

O espetáculo das conduções coercitivas, especificamente no âmbito da operação "Lava Jato", ofendeu parâmetros constitucionais, convencionais e processuais penais[387]. Mandados

---

[386]Scarance, nesse mister, ensina que; "na identificação de um ato próprio para definir o imputado na fase processual, não interessam tanto as exigências de rigor dogmático, mas a tutela do indivíduo. Há um momento, nem sempre preciso, em que se reúnem mento, nem sempre preciso, em que se reúnem elementos contra a pessoa, apontando-a como a autora do crime, sendo importante que, desde então, seja tratada como imputada, garantindo-lhe o direito ao silêncio e a possibilidade de defesa". (FERNANDES, Antonio Scarance, **Reação**..., op. cit., p. 105).

[387]O plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade da condução coercitiva aplicada a investigados ou réus por não ter sido recepcionada pelo Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444. O STF justificou a decisão pela impossibilidade da restrição de liberdade nesses casos e violação ao princípio da presunção de inocência. O acórdão foi publicado em 22/05/2019, nos seguintes termos: "1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando "transcrito literalmente o texto legal impugnado" e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min.

de busca e apreensão somados às conduções coercitivas, e espetacularmente explorados pela mídia, magnificando aqui as lentes da realidade fantasiosa já mencionada, transformavam o cidadão conduzido em pária social, corruptor – ou corrupto –, lavador de dinheiro, membro de organização criminosa, o criminoso contumaz.

3.2 DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO E MEDIDAS CAUTELARES

3.2.1 Notas introdutórias

A já combalida imagem do investigado ganha piores contornos quando de sua prisão cautelar, seja ela na precautela do flagrante, na prisão preventiva ou temporária. Isso se dá pois, dentro de uma distorção de realidade, os órgãos de imprensa "vendem" ao público a falsa impressão de que, uma vez preso, mesmo que cautelarmente, o investigado torna-se culpado.

O papel da mídia durante as prisões cautelares, bem como durante a decretação de medidas cautelares reais e de incidência probatória, subverte a lógica das próprias, promovendo uma antecipação de pena popular e remetendo aos antigos ideais medievais que

---

Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrario sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, consequentemente, contraria a dignidade humana (COSTA NETO, João Costa. **Dignidade Humana**: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recursar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. 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. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP.". Disponível em:<http://www.in.gov.br/web/dou/-/decisoes-224224112>. Acesso em 06 dez. 2019.

permeavam as custódias preventivas. Lá, a segregação cautelar prestava-se a obter a confissão do indivíduo propiciando "as condições materiais para a tortura[388]". Dessa forma, a restrição de liberdade era somente um pretexto para que outros bens do indivíduo fossem violados "particularmente a integridade física e a liberdade moral[389]".

Hodiernamente, apesar de presenciarmos ainda algumas situações em que a integridade física do indivíduo é violada, como pontuaremos mais adiante[390], em relação aos tempos medievais, o número de casos de violência corpórea quando da efetivação de prisões cautelares é diminuto[391]. Porém, o linchamento social é constante e ocorre, em regra, de forma permissiva, como se fosse regulamentada a perpetração à liberdade moral do indivíduo através da violação ao seu direito à imagem[392].

Nas prisões cautelares, esse quadro se agrava sobremaneira, tendo em vista todo o ritual de poder que envolve o ato. A imagem do investigado algemado, por exemplo, sendo conduzido a um veículo policial ou distrito, demonstra, pelas lentes da mídia irresponsável, que o cidadão já foi julgado e condenado. Tanto o é, que causa estranheza e revolta ao público quando, eventualmente, a prisão cautelar é revogada.

Suannes pontua que a finalidade da investigação preliminar, e aqui enxerta-se a decretação de prisão cautelar no curso desta, não pode ser a de "causar vexames a pessoas, donde deve a autoridade policial agir com o máximo de descrição, pois tudo que ela tem em mãos é uma hipótese de trabalho[393]". E continua o autor: "Estranhamente, porém, o que se vê nos chamados periódicos e especialmente nos programas sensacionalistas de televisão é a submissão de meros suspeitos a toda sorte de desrespeito [...] violando-se o constitucionalmente prometido respeito à dignidade da pessoa humana". De certo que a autoridade policial não tem controle sobre a atuação da imprensa, mas deve cuidar para que

---

[388]GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção**..., op. cit., p. 69.
[389]Ibid., p. 69.
[390]Cf. infra, item 3.3, p. 99.
[391]Nesse mister, Foucault aduz que: "Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva [...] Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder-se um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições". (FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir. nascimento da prisão.** 39. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 19).
[392]Carnelutti, nesse mister, observa que: "A crônica judiciária e a literatura policial servem, do mesmo modo, de diversão para a cinzenta vida cotidiana. Assim a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, se tornou uma espécie de esporte; as pessoas se apaixonam como na caça ao tesouro; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e as juízes instrutores; e, o que é pior; aí fazem o trabalho deles. Cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas, de informações, de indiscrições". (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** São Paulo: Edijur, 2017).
[393]SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. **Os fundamentos éticos do devido processo legal.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 158.

direitos e garantias individuais do investigado não sejam violados quando este estiver sob sua tutela.

3.2.2 Direito à imagem do investigado e prisões cautelares

3.2.2.1 Prisões cautelares – breves considerações

As prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, em determinados casos, vão de encontro à presunção de inocência. Decisões não motivadas ou com motivação *aliunde* e *per relationem*, genéricas ou baseadas em gravidade abstrata do delito, contribuem para a deturpação do que é, efetivamente, presunção de inocência[394]. Como observa Zilli, historicamente, a abordagem dada pelo legislador brasileiro às prisões cautelares sempre foi de dureza excessiva, "o que denota a dificuldade de assimilação do significado do princípio da presunção de inocência"[395].

Já analisamos anteriormente que, quando há prisão cautelar, há, concomitantemente, um afastamento temporário, mas não total da presunção de inocência. Há uma mitigação do princípio em tela, que não deve ser afastado por completo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, afirma-se que o processo penal é o "termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição" e "a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles[396]".

Assim, emanando seus efeitos horizontais, a presunção de inocência demanda uma proteção contra a publicidade mediata abusiva e o *labeling approach* do investigado. Vale dizer que a presunção de inocência – e consequentemente, o direito à imagem – deve ser a barreira democrática à exploração efetuada pela *mass media* em torno do delito e da investigação preliminar. Há, assim, que se iniciar a discussão sobre prisões cautelares delineando, mesmo que de maneira sintética, seus fundamentos teóricos.

---

[394]Scarance Fernandes, no que toca o tema, pontua que: "Quanto às decisões interlocutórias restritivas à liberdade individual, de forma expressa, exige-se no art. 315 do CPP a motivação da decisão que determinar o que denegar a prisão preventiva [...] A motivação, para atender a finalidade inspiradora de sua exigência constitucional, deve ser clara, coerente e completa". (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 140).

[395]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 447, jul./ago. 2010.

[396]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 785.

A cautelaridade, dentro de sua etimologia, demanda, a princípio, o entendimento de "proteção". E para que se proteja algo, deve-se reconhecer uma situação de anormalidade[397]. Assim, as medidas cautelares tem o condão de tutelar uma situação de emergência, "cujo grau de imediatez varia de acordo com as peculiaridades de cada processo[398]". Pela perspectiva processual, as medidas cautelares atuam no interesse da administração da justiça pois vislumbram abarreirar quaisquer riscos que possam atingir o exercício da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, observa Antonio Magalhães Gomes Filho que as medidas cautelares "constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz[399]". A demora na prestação jurisdicional, assim, pode trazer danos irreparáveis ao processo que, sem a cautela, "potrebbero derivare ad una dele parti irreparabili danni[400]" ou ainda prescrever um "remédio longamente elaborado para um doente já morto[401]".

Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes observam que a cautelaridade resulta da necessidade de "prever no ordenamento medidas através das quais possam ser antecipados, excepcionalmente, os resultados da atividade processual; sem elas, a tutela almejada correria o risco de vir à luz somente quando já superados os motivos que a reclamavam[402]".

As medidas cautelares presentes no processo penal – pessoais, reais e de incidência probatória -, tem, então, o objetivo de acautelar o processo e garantir o seu desenvolvimento natural, assegurando, assim, a aplicação do poder punitivo estatal. Dessa forma, são medidas que se destinam a tutelar o processo penal contra intempéries que possam corromper seu curso natural e, consequentemente, significar um entrave à prestação jurisdicional. Pode-se afirmar, assim, que as medidas cautelares possuem caráter instrumental, pois são atos que tem por objetivo garantir o curso normal do processo e, para tanto, a eficaz aplicação do *jus puniendi* estatal. São medidas, portanto, que tornam-se meios para a aquilatação de um determinado fim[403].

---

[397]BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão**..., op. cit., p. 132
[398]Ibid., p. 132.
[399]GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção**..., op. cit., p. 53.
[400]ANDRIOLI, Virgilio. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari di Piero Calamandrei. **Il Foro Italiano**, v. 132, n. 5, 2009, p. 208. Disponível em: <JSTOR, www.jstor.org/stable/23205238>. Acesso em 08 set. 2019.
[401]GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção**..., op. cit., p. 53.
[402]GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal.** 12. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 201, p. 262.
[403]MARTÍNEZ, Sara Aragoneses, et. al. **Derecho procesal penal.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Aceres, 1995, p. 388.

Da mesma forma que se afirma que as medidas cautelares possuem caráter instrumental[404], assim também é o processo penal fundado em uma constituição democrática. Somente pelo entendimento de que uma constituição efetivamente "constitui" é que se pode compreender que a base que legitima um processo penal democrático é a instrumentalidade constitucional. Assim, torna-se o processo penal meio para que sejam efetivados os direitos e garantias constitucionais e convencionais[405].

Como já avençado, o exercício das liberdades individuais não precisa ser legitimado. O que deve ser legitimado é o poder punitivo estatal. As medidas cautelares, como instrumento de garantia de prestação jurisdicional, devem ser devidamente legitimadas e, para tanto, requisitos devem ser preenchidos para que essas restrições possam tomar vez.

Nesse mister, parte da doutrina aponta como requisitos necessários para a decretação de uma medida cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, migrando de forma imediata conceitos do processo civil para o processo penal[406]. Porém, há uma impropriedade na utilização dos termos mencionados, haja vista que a importação direta de conceitos presentes no processo civil, nem sempre é afeita ao processo penal. O processo penal possui categorias jurídicas próprias, que devem ser levadas em consideração, de forma que a analogia aqui pontuada não convém[407].

---

[404]Andrioli observa que, segundo Calamandrei, a provisoriedade do provimento cautelar é, da instrumentalidade, somente um atributo, ou melhor dizendo, uma manifestação. (ANDRIOLI, Virgilio. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari di Piero Calamandrei. **Il Foro Italiano,** v. 132, n. 5, 2009, p. 205/206-209/210, p. 206). Ainda, sobre o tema, ensinam Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes; "[...] diversa da prisão de natureza penal, a custódia *cautelar* ou *processual* não objetiva a punição, mas constitui apenas instrumentos para a realização do processo ou para garantia de seus resultados". (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades**..., op. cit., p. 264).

[405]LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos**..., op. cit., p. 30.

[406]FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 292.

[407]Antonio Magalhães Gomes Filho, nessa linha, observa que "[...] é relevante constatar que no processo penal muitas dessas medidas cautelares atingem a própria pessoa acusada, afetando-lhe a liberdade e a dignidade, razão pela qual a disciplina dessa atividade deve ser muito mais limitada do que no processo civil, onde geralmente a antecipação indevida pode vir a ser posteriormente reparada pecuniariamente. Assim é que, em primeiro lugar, não se pode cogitar em matéria criminal de um "poder geral de cautela'' através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação mas à legalidade da inteira repressão, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta. De outra parte, essa mesma impossibilidade de analogia com as medidas cautelares no processo civil recomenda que, na avaliação de seus pressupostos, as cautelas penais sejam submetidas a um rigor muito maior, tanto no que se refere à probabilidade de uma solução final contrária ao acusado quanto no que diz com o *periculum libertatis*". (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção**..., op. cit., p. 57). Nesse mesmo sentido, afirma Lopes Júnior que "No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo". (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 790). Em sentido contrário afirma Bechara: "Embora discutível, mostra-se perfeitamente razoável a admissão do poder geral de cautela do juiz no processo penal, até com mais ênfase do que no processo civil, levando-se em

No que tange o *fumus boni iuris*, ou, a fumaça do bom direito, tem-se que o delito, como um todo, é a "negação do direito, sua antítese[408]". Assim, não se pode afirmar que, para a decretação de uma medida cautelar deve estar presente a "fumaça do bom direito", pois o bom direito, no caso, é inexistente. O que há é o delito, e como tal, o requisito presente para a decretação de uma prisão preventiva, por exemplo, deve ser o *fumus comissi delicti,* ou, a "fumaça do cometimento do delito", que deve conter em seu âmago, indícios de autoria e materialidade delitiva".

Na mesma linha, a impropriedade da expressão *periculum in mora,* ou "perigo na demora", como requisito para aplicação de medida cautelar processual penal deve ser observada. Como observa Lopes Júnior, "o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento[409]". Ainda, o *periculum in mora* é tido como um risco que corre o processo por conta de um lapso de tempo elevado que vai transcorrer enquanto ainda não se tem um provimento jurisdicional definitivo. Esse conceito amolda-se às medidas cautelares reais e de incidência probatória, onde o decurso de tempo pode levar a uma dilapidação patrimonial prejudicial à causa penal.

Nas medidas cautelares pessoais, entretanto, o risco é outro; sem adentrar nas questões da decretação de prisão cautelar com fundamento nas ordens pública[410]e econômica, que demandariam trabalho específico, o perigo aqui constitui-se no risco de que, se liberto, o imputado pode colocar em risco a instrução criminal ou comprometer a aplicação da lei penal. Para isso, o correto termo a ser utilizado é *periculum libertatis* ou, "perigo de liberdade". O

---

consideração os valores em confronto. Ainda que não prevista expressamente, a defesa poderia pleitear a interceptação telefônica e, caso o Magistrado a deferisse, certamente tal decisão teria derivado do seu poder geral de cautela". (BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão**..., op. cit., p. 134).

[408]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 787.

[409]Ibid., p. 788.

[410]No que toca a decretação da prisão preventiva com fundamento no condição "ordem pública", Scarance Fernandes observa que "[...] o novo art. 282, inciso I, do CPP, determina que se observe, na decretação de qualquer medida cautelar pessoal, a sua necessidade para evitar a prática de novas infrações penais, devendo, assim, ser esse o fundamento principal para a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública. Não se pode invocar a garantia da ordem pública para se decretar, largamente, a prisão preventiva, utilizando-se como fundamentos a gravidade do crime, a necessidade de ser preservada a credibilidade da justiça". (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 294). Ainda, sobre o mesmo tema, pontua Antonio Magalhães Gomes Filho que a expressão "ordem pública" é "estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos; assim, quando o legislador a utiliza está autorizando os juízes a emitirem, em suas sentenças, definições persuasivas [...] No caso especial da prisão cautelar, o apelo à "ordem pública" representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, que se postula fundamental à matéria, para propiciar a atribuição de um amplo poder discricionário ao juiz, que nesse particular não fica sujeito a limitações, senão da própria "sensibilidade". Apesar dessa apontada nebulosidade, o recuso à "ordem pública" em matéria penal e processual-penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais". (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção**..., op. cit., p. 67).

fator determinante para a decretação de uma medida cautelar pessoal, aqui, "não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado[411]".

De extrema importância é a observação de que as prisões cautelares jamais podem configurar antecipação de pena. Devem, sim, constituir instrumentos para a garantia do resultado processual, protegendo-o, como já afirmado, contra eventos que possam atrasar ou prejudicar a prestação jurisdicional. Zilli, nesse sentido, observa que: "A cautelaridade é, portanto, requisito que deve cercar toda e qualquer prisão anterior à condenação transitada em julgado, sob pena de inadmissível equiparação à prisão-pena[412]".

Nessa trilha a prisão cautelar fundamentada pela ordem pública, por exemplo, não possui caráter cautelar, pois, atualmente tem caráter de direito material – retorno à delinquência, não tutelando o processo, e sim, a sociedade. Supera, dessa forma, os limites impostos pela legalidade estrita, mínimo ético irredutível no tocante à presunção de inocência. Assim, abre as portas para o poder discricionário do julgador não sendo um instrumento a serviço do instrumento - ou da instrumentalidade - mas uma antecipação de punição por razões de ordem subjetiva[413].

Dessa forma, as prisões cautelares são dotadas de provisionalidade pois são sempre situacionais, na medida em que abrigam situações pontuais, fáticas. Uma vez que desaparece tal situação fática, a segregação cautelar não pode mais subsistir[414]. A ausência de *fumus comissi delicti* e/ou *periculum libertatis* tem o condão de extinguir a medida cautelar pessoal pois, para a sua existência, ambos os requisitos devem estar presentes. Nada impede que, ressurgindo quaisquer dos requisitos mencionados, a prisão cautelar possa se reestabelecer.

Assim, e dentro de seu caráter provisional, as prisões cautelares devem durar por período razoável, não podendo assumir contornos de antecipação de pena. Ocorre que no ordenamento processual penal brasileiro, excluída a prisão temporária, não há prazo determinado para a duração da prisão preventiva (exceto pela revisão, a cada 90 dias, da necessidade de sua manutenção – art. 316, parágrafo único, CPP), a outra modalidade de segregação cautelar. A discricionariedade judicial amolda-se ao *periculum libertatis* de forma

---

[411]GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção**..., op. cit., p. 788.
[412]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Ainda que**..., op. cit., p. 467.
[413]Antonio Magalhães Gomes Filho, nesse mister, pontua que "[...] de fato, ao lado de objetivos instrumentais, como assegurar a presença do acusado ou a futura execução da pena, a custódia preventiva atende também a gins reconhecidamente extraprocessuais, como a imediata reação ao delito, prevenção de novos crimes que possam vir a ser praticados pelo réu, relacionados ou não com a primeira infração [...]" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção**..., op. cit., p. 59).
[414]Art. 282, §5º, CPP.

que não são incomuns os excessos[415]. O Projeto de Lei PL 4208/2001 tentou, sem sucesso que fosse incorporado ao Código de Processo Penal o art. 315-A, com a seguinte redação: "a prisão preventiva terá a duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora[416]". Ocorre que tal dispositivo acabou vedado na Lei 12.403/2011, mantendo as prisões preventivas sem prazo e à mercê de interpretações subjetivas, caso a caso[417].

Em um ordenamento jurídico processual penal democrático, como o brasileiro, toda prisão, incluindo as de natureza cautelar só pode partir de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente[418]. À exceção, somente as prisões em flagrante delito e para casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar[419]. Como já asseverado, a prisão em flagrante delito tem o conteúdo de precautela, podendo ser efetuada por qualquer do povo ou pela autoridade policial.

A Constituição Federal de 1988 é ciosa quando trata de questões que envolvem privação de liberdade física do indivíduo. É natural que a Carta Política brasileira imprima diretrizes no que toca qualquer tipo de restrição à liberdade do indivíduo, pois as medidas gravosas que consubstanciam tal constrição são extraordinárias e devem "estar sempre subordinadas a parâmetros de legalidade estrita[420]".

No advento de uma prisão cautelar, essas exigências constitucionais tornam-se mais estreitas, tendo como pedra fundante a presunção de inocência[421]. Assim, o estado de inocência do investigado deve prevalecer e qualquer antecipação de resultado do processo

---

[415]Sobre o excesso de prazo nas prisões preventivas decidiu o STF que "[...] No caso concreto, como se vê, a segregação cautelar está justificada por fundamentos que desbordam da gravidade abstrata do crime. Por outro lado, reputo evidenciado retardamento injustificado ao julgamento da ação penal. Com efeito, observo que a ação penal de origem tramita em relação a três acusados (dois deles já soltos), com advogados diferentes, bem como contou com a expedição de cartas precatórias. Contudo, em que pesem as nuanças do trâmite processual, não há como ignorar o fato de que a prisão do paciente foi efetivada em 22.08.2013, a inicial acusatória foi recebida somente em 20.08.2015 e até a presente data sequer foi realizada a audiência de seu interrogatório, sem qualquer justificativa plausível, consideradas as informações prestadas pelo Juízo de origem [...]. Portanto, entendo razoável a insurgência do impetrante, ao reclamar da demora na conclusão da formação da culpa. O caminhar processual é manifestamente excessivo, sem que a autoridade judiciária tenha apresentado justificativas aptas a evidenciar o contrário. A fim de não postergar, de forma indefinida, a segregação preventiva do paciente, a concessão da ordem é medida que se impõe". – HC 141.583/RN – Relator Ministro Edson Fachin – DJe 2/10/2017.

[416]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 796.

[417]O Supremo Tribunal Federal, em 1/11/19, declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado do Rio de Janeiro que limitava as prisões preventivas ao prazo de 180 dias, por entender que o legislador estadual não é competente para dispor sobre o prazo máximo de duração de segregação cautelar. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-nov-01/lei-rj-limita-prisao-preventiva-180-dias-inconstitucional>. Acesso em: 06 nov. 2019.

[418]CF/88 – Art. 5º, inc. LXI. Art. 283, CPP.

[419]FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 292.

[420]GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades**..., op. cit., p. 265.

[421]CF. 88, art. 5º, inc. LVII

representa "providência excepcional, que não pode ser confundida com a punição, somente justificada em situações de extrema necessidade[422]".

Dessa forma, o texto constitucional de 1988 gravou diversas garantias ao indivíduo preso cautelarmente, dentro de premissas de jurisdicionalidade e devido processo legal. Dentre elas, podemos citar a garantia de que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade competente" (art. 5º, inc. LXI), ou que "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente" (art. 5º, inc. LXII), bem como que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (art. 5º, inc. LXV), ou ainda que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança" (art. 5º, inc. LXVI).

Todas essas garantias resumem a intenção do legislador originário em levar toda e qualquer forma de prisão à apreciação do Poder Judiciário, seja de maneira antecipada ou pela premente necessidade de que se confirme a prisão em flagrante, incluindo a possibilidade de concessão de liberdade provisória[423].

Por outro giro, a observância estrita do devido processo legal[424], que impede que o indivíduo seja privado de sua liberdade ou de seus bens, ordena que o comando judicial necessário à restrição não pode partir de ideias de discricionariedade do Magistrado[425]. Ao contrário; deve ser decisão tomada com fundamento em garantias que permitem uma avaliação precisa dos requisitos para a decretação da medida cautelar "com imparcialidade e tendo em conta as razões dos integrantes do contraditório, ainda que este – em face da urgência – nem sempre possa ser exercido prévia e plenamente[426]". Dessa forma, a regulamentação da forma processual representa garantia do investigado e da escorreita prestação jurisdicional.

No que tange as prisões cautelares, a Convenção Americana sobre Direito Humanos prestou-se a robustecer, quando de sua adesão pelo Brasil, as disposições constitucionais nacionais já vigentes. Dessa forma, as garantias que tocam o direito à liberdade pessoal

---

[422]GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades**..., op. cit., p. 265.
[423]Ibid., p. 265.
[424]Quanto à garantia do "devido processo legal" como originária do "devido processo penal", Lauria Tucci ensina que "para sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam *punitivo* e o de *liberdade* [...] Mencionada garantia, outrossim, e como antes igualmente acenado, é delineada, até mesmo determinada, por preceituações constitucionais direcionadas ao processo penal [...]". (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos**..., op. cit., p. 76).
[425]CF. 88, art.5º, inc. LIV.
[426]Ibid., p. 266.

impressas na Constituição Federal ganharam corpo extra, na esteira do elencado no art. 7º da CADH[427].

Como observado por Scarance Fernandes, não havia no Código de Processo Penal disciplina sistemática relativa às medidas cautelares pessoais. Quando o atual CPP foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, tais medidas estavam abarcadas na prisão processual e fiança[428]. O preso em flagrante seria solto caso pagasse fiança. Ainda, o indivíduo pronunciado deveria recolher-se à prisão para que pudesse recorrer e esperar a apreciação do recurso, exceto se pagasse fiança. Nessa trilha, ressalta Scarance Fernandes que a prisão preventiva era, em alguns casos, obrigatória, posição esta atenuada "ante os reclamos da doutrina afinada com os postulados garantistas constitucionais, o que ocasionou uma série de alterações nas disposições sobre prisão e liberdade provisória[429]".

Nesse sentido, as prisões processuais presentes no Código de Processo Penal resumiam-se a quatro, até 2008; prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível. Com a reforma de 2008 as duas últimas mencionadas foram excluídas[430]. A prisão temporária, por sua vez, está regulamentada desde 1989, com o advento da Lei 7960.

Entretanto, tais questões foram substancialmente alteradas com a edição da Lei 12.403/2011. As medidas cautelares pessoais passaram a ter tratamento diferenciado e, assim, foram limitadas a somente duas as cautelares prisionais; prisão preventiva e prisão temporária,

---

[427]Artigo 7, CADH. "Direito à liberdade pessoal 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2.Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4.Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5.Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

[428]FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 287.

[429]Ibid., p. 288.

[430]Vale mencionar que as Comissões Parlamentares de Inquérito, com o advento da Lei 13.367/16, que acrescentou o art. 3-A à Lei 1.579/52, passaram a poder solicitar, em qualquer fase da investigação, medidas cautelares, e aqui, entendemos caber somente o requerimento pela decretação de cautelar real, mais especificamente o sequestro, quando forem verificados indícios de proveniência ilícita de bens. "Art. 3º -A. Caberá ao presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, por deliberação desta, solicitar, em qualquer fase da investigação, ao juízo criminal competente medida cautelar necessária, quando se verificar a existência de indícios veementes da proveniência ilícita de bens."

sendo o flagrante, como já pontuado, precautela, preparatória, portanto, para a aplicação da medida cautelar.

A disciplina normativa geral das medidas cautelares pessoais, com o advento da novel legislação, ficou então insculpida entre os arts. 282 e 300 do Código de Processo Penal e trouxe diversas novidades. A excepcionalidade da decretação de uma medida cautelar, há muito esperada, por exemplo, veio à luz com a aludida Lei e consagrou a prisão como exceção, sendo, assim "o último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre adequação e suficiência das demais medidas cautelares[431]".

Prevista no § 6º do art. 282 do Código de Processo Penal, a excepcionalidade também encontra guarida no art. 310, inc. II do CPP. A preocupação do legislador em atribuir *ultima ratio* à constrição de liberdade pessoal cautelar é evidente e está de acordo com a Carta Política de 1988. Tanto o é que ainda há a opção da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, presentes, agora, no art. 319 do CPP. O juiz, assim, somente optará pela decretação de medida prisional se inadequada a aplicação de qualquer medida cautelar diversa. Nesse mister, há de se tomar cautela no que tange a decretação de qualquer medida restritiva de liberdade contra o investigado, de forma que não há espaço para discricionariedades ou influências externas, como a efetuada pela mídia. O filtro legal impresso pela nova legislação é micrônico.

Porém, a leitura do § 6º do art. 282 do CPP pode induzir a erro. Consta do referido artigo que "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)", o que pode levar o leitor a entender que é preciso decretar a prisão preventiva para depois substituí-la. Não é o que ocorre; o Magistrado, analisando cada caso concreto, e com fundamento nos parâmetros do art. 282, deve, em princípio, verificar a necessidade da aplicação da cautela, para em seguida aplicar a medida adequada. A prisão preventiva somente poderá ser decretada caso se revelem "inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão[432]".

O art. 282 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011, menciona ainda que deve haver "necessidade" e "adequação" na decretação de qualquer medida cautelar, consubstanciados tais requisitos no princípio da proporcionalidade. Como há agora a opção da aplicação de várias medidas cautelares, inclusive diversas da prisão (art. 319, CPP), o Magistrado deve verificar qual é a cautela mais adequada ao caso concreto. A necessidade da decretação da medida será verificada com fundamento na exigência da

[431]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 799.
[432]FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo**..., op. cit., p. 289.

aplicação da lei penal, de investigação ou de instrução criminal e, em casos especificamente previstos, para que se evite a reiteração criminosa[433]. Já para a análise da adequação da medida, devem ser levados em consideração a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do investigado ou do acusado[434].

A necessidade da aplicação da medida cautelar traz em seu âmago a premissa de que para o atingimento do resultado pretendido, não pode haver excessos. Somente o imprescindível deve ser levado em consideração para a realização do resultado de uma medida cautelar. Pela "adequação", pode-se entender que a medida cautelar "deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando-se a prisão para os casos mais graves, como *ultima ratio* do sistema[435]".

Faz-se então presente o princípio da proporcionalidade, que é o alicerce das medidas cautelares e, consequentemente das prisões nelas inseridas. As medidas cautelares pessoais, em especial as prisões cautelares, encontram-se perigosamente "no ponto mais crítico entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos[436]". Nesse sentido, o simbolismo da prisão cautelar representa uma falsa ideia de que o aparelho repressor do estado tem feito seu trabalho a contento, assim como a justiça tem se debruçado sobre as causas penais com força, apresentando resultados satisfatórios.

O Princípio da Proporcionalidade, dessa maneira, deve nortear a conduta de todos os atores no processo penal, principalmente daqueles que tem o poder de restringir direitos e garantias do indivíduo. O juiz, por exemplo, deve se pautar em trabalhar a proporcionalidade para que atinja o resultado mais preciso possível quando da decretação de uma prisão cautelar. A ponderação a ser feita deve ser certeira ao analisar a gravidade da medida imposta face ao fim pretendido "sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*[437]".

---

[433]Art. 282, I, CPP. Ocorre que a tal "reiteração criminosa" mencionada pelo inciso I do art. 282 do CPP vem sendo utilizado para justificar a decretação de prisão preventiva com fundamento na "ordem pública", o que é deveras criticável, tendo em vista a abertura semântica presente na expressão. Não se pode admitir a subsistência de medida tão gravosa com base em um conceito sujeito a interpretações objetivas e "emocionais". Permitir uma segregação de liberdade fundada na manutenção da "ordem pública" é, nitidamente, antecipar a pena, pois, há, aqui, ausência de instrumentalidade e cautelaridade, tão caras às medidas cautelares, de forma geral.
[434]Art. 282, II, CPP.
[435]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 800.
[436]Ibid., p. 802.
[437]Ibid., p. 801.

Fatalmente, uma valoração errônea dos elementos mencionados causará danos ao sujeito, muitas vezes irreparáveis. A estigmatização social e jurídica que o investigado irá sofrer deve, obrigatoriamente, ser levada em consideração pelo Magistrado quando da confecção da decisão judicial que determinará a sua segregação cautelar. E para isso, o sopesamento entre necessidade e adequação de medida tão gravosa se faz necessário, "cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação[438]".

Isso posto, tem-se que excepcionalidade e proporcionalidade devem caminhar *pari passu*, em uma leitura sempre consonante com o princípio da presunção de inocência. As prisões cautelares devem ser sempre a última medida a ser tomada, somente tendo cabimento em situações de concreta gravidade, tendo em vista o alto grau de prejuízo humano que delas decorre[439]. O mau uso das prisões cautelares leva ao cenário que hoje presenciamos no dia-a-dia do processo penal brasileiro; prende-se primeiro, para depois angariar elementos que levem à ciência de eventual *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti* subvertendo-se, dessa forma, a lógica punitiva processual penal.

Colocadas as questões conceituais e principiológicas relativas às medidas cautelares, passa-se a discorrer sobre as violações do direito à imagem do investigado nas medidas cautelares.

3.3 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: O USO DE ALGEMAS E A APRESENTAÇÃO DO INVESTIGADO À IMPRENSA

Historicamente, a regulamentação do uso de algemas data das Ordenações Filipinas[440] e estende-se até os dias atuais, em que pese terem sido omissas, quanto à restrição de liberdade por ferros, a primeira codificação penal da República, de 1890, e a Consolidação das Leis Penais, de 1932[441]. Com a edição do Código de Processo Penal de 1941, o emprego de meios necessários para a contenção do preso, como medida de força, foi normatizado pelos

[438]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 803.
[439]Ibid., p. 801.
[440]Livro 5, Título CXX "que os Fidalgos de Solar, ou assentados em nossos Livros, e os nossos Desembargadores e Doutores em Leis, ou em Canones, ou em Medicina, feitos em Studo universal per exame e os Cavaleiros Fidalgos, ou confirmados per Nós e os Cavaleiros das Ordens Militares de Christo, Santiago e Aviz, e os Scrivães de nossa Fazenda e Camera, e mulheres dos sobreditos em quanto com eles forem casadas, ou stiverem viúvas honestas, não sejão presos em ferros, senão por feitos, em que mereção morrer morte natural ou civil". – Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1280.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.
[441]VIEIRA, Luis Guilherme. Algemas: uso e abuso. **Revista Síntese de direito penal e processual penal,** Porto Alegre, v. 3, n. 16, p. 12, out./nov. 2002.

arts. 284 e 292[442] da então novel legislação. Percebeu-se que o uso das algemas, nos casos dos artigos mencionados somente poderia ser praticado em "situações excepcionalíssimas, desde que esgotados todos os outros meios para conter o conduzido[443]". Por sua vez, a Lei de Execuções Penais, de 1984, limitou-se a trazer em seu art. 199 o seguinte texto: "O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal", o que só ocorreu 32 anos mais tarde, com a edição do Decreto nº 8.858 de 26 de setembro de 2016.

Partindo-se da premissa constitucional de que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral[444]", percebe-se que o uso de algemas deve observar, prioritariamente, o regime de exceção que lhe é natural. Ocorre que a lacuna legislativa, suprida somente em 2016, teve de ser temporariamente preenchida em 2008, com a edição da súmula vinculante de nº. 11, pelo Supremo Tribunal Federal que definiu que:

> 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[445].

Ainda em 2008, com a promulgação da Lei 11.689, houve a inclusão do § 3º no art. 474 do Código de Processo Penal com a seguinte redação: "Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente

---

[442]"Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso". "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".

[443]VIEIRA, Luis Guilherme. **Algemas**..., op. cit., p. 12.

[444]CF. 88 – Art. 5º, inc. XLIX.

[445]Aqui, compete observar o texto das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, editado pela Organização das Nações Unidas, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977 e Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social, que preconiza em seus arts. 33 e 34: "33. A sujeição a instrumentos tais como algemas, correntes, ferros e coletes de força nunca deve ser aplicada como sanção. Mais ainda, correntes e ferros não devem ser usados como instrumentos de coação. Quaisquer outros instrumentos de coação só podem ser utilizados nas seguintes circunstâncias: a) Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa; b) Por razões médicas sob indicação do médico; c) Por ordem do diretor, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de o impedir de causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar estragos materiais; nestes casos o diretor deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior. 34. O modelo e o modo de utilização dos instrumentos de coação devem ser decididos pela administração penitenciária central. A sua aplicação não deve ser prolongada para além do tempo estritamente necessário. Informação e direito de queixa dos reclusos". – Disponível em < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em 11 out. 2019.

necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes". Como observado, somente em 2016 o tema foi devidamente regulamentado, através do Decreto 8.858.

Da leitura do Decreto 8.858/2016, percebe-se que houve preocupação do legislador com temas, até então, bastante controversos. A proibição do uso de algemas por mulheres em trabalho de parto, apesar de parecer óbvia, foi positivada no art. 3º da norma em comento, inclusive vedando o agrilhoamento "no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada[446]". No mais, o Decreto definiu 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[447]". O legislador, entretanto, perdeu grande oportunidade de disciplinar, através do Decreto em tela, e de forma explícita, a responsabilização civil e criminal do agente público ou privado que divulga, ou contribui para a divulgação abusiva da imagem do investigado algemado[448].

Compete pontuar que a novel legislação que dispõe sobre o abuso de autoridade, Lei 13.869 de 5 de setembro de 2019, determina em seu art. 13, incs. I e II que:

> Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: 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. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

Cabe ressaltar que, independentemente da sanção penal, o agente pode ser responsabilizado civil ou administrativamente pelo abuso, de acordo com os arts. 6º e 7º da mencionada legislação[449].

Sem adentrar na discussão da amplitude interpretativa deste texto legal, deve-se observar que a regulamentação veio em boa hora, tendo em vista que disciplina – diga-se, não satisfatoriamente – a atuação do agente público quando do tratamento de seu custodiado.

---

[446]Decreto 8.858/16, art. 3º. Houve ainda, em 2017, a inserção de um parágrafo único no art. 292 do CPP, pela Lei 13.434/2017, com o seguinte teor: " 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".

[447]Decreto 8.858/16, art. 2º.

[448]Leva-se em consideração, aqui, também a prisão em flagrante, que como já observado, tem natureza de precautela.

[449]"Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis. Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração. Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal".

Ainda, não se sabe se os efeitos positivos da nova lei, no que toca os pontos expostos, serão os esperados, tendo em vista ser ainda recente. Sabe-se porém que, se bem observada, contribuirá para que, pelo menos, seja mitigada a execração física, moral e psicológica do imputado e, consequentemente, o dano à sua imagem, quando do uso de algemas.

Sabido é que "uso" e "exposição", apesar de relacionados, não são regra sendo que o custodiado pode ser algemado e não exposto, ou exposto sem algemas. O constrangimento gerado, e violador da imagem do investigado, dá-se com a sua exposição abusiva, execratória. O uso de algemas durante a exposição, agrava o quadro, potencializando os danos decorrentes do abuso mencionado.

No que toca a exposição do investigado algemado à imprensa pode-se dizer que formaliza-se, basicamente, por duas vias; a fortuita e a explícita; por fortuita, entende-se que a imprensa, em que pese não ter sido o investigado a ela apresentado pela autoridade policial, apossa-se de situação, por exemplo de trânsito do indivíduo preso e divulga a sua imagem algemado. Seja saindo ou entrando em delegacias, fóruns ou outros órgãos da administração de justiça. A via explícita, por sua vez, tem a iniciativa da apresentação do investigado, quando da decretação de medida cautelar, ou precautelar, como o flagrante, tomada pela própria autoridade policial, e aqui, a violação tem a chancela do Estado.

Muitas vezes, o indivíduo sobre o qual recai uma medida cautelar é apresentado à imprensa pela autoridade policial algemado, e não raro, ostentando o uniforme padrão do presídio ou centro de detenção provisória onde se encontra detido. Esse ritual de degradação, municiado pelo *labeling approach*, conta com a exposição de insígnias, "armas e logos corporativos dos órgãos policiais, em cerimônia que passou a ser prestigiada com a difusão até mesmo pelos canais de comunicação especializados neste tipo de artigo[450]".

Dessa forma, apesar da garantia legal de que o preso, seja ele quem for, tem direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, conforme se depreende de leitura do art. 41, inc. VIII, da Lei de Execuções Penais[451], as autoridades continuam a performar o ritual de execração pública do investigado, quando de sua apresentação aos órgãos de imprensa. Assim, as autoridades policiais contribuem, não somente para o aumento do pânico instaurado nas grandes cidades por conta da violência, como também para estimular "reações passionais

[450]CARVALHO, Rômulo Luis Veloso de; MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond. **É preciso pôr fim às medievais apresentações de presos à imprensa.** Consultor Jurídico**.** 15/01/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/tribuna-defensoria-preciso-fim-medievais-apresentacoes-presos-imprensa > Acesso em: 15 out. 2019. Carnelutti, nesse mister, observa que: "As algemas, também as algemas são um símbolo do direito; quiçá, a pensar-se, o mais autêntico de seus símbolos, ainda mais expressivo que a balança e a espada. É necessário que o direito nos ate as mãos". (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** São Paulo: Edijur, 2017, p. 20).

[451]"Art. 41 - Constituem direitos do preso: VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo".

nos telespectadores[452]" que, consequentemente, consubstanciam-se em uma assunção prévia de culpa. Há, assim, a violação da presunção de inocência em sua dimensão objetiva, não observado aqui o efeito irradiante que dela emana.

Outrossim, com a participação do agente público - que deveria zelar pelos direitos e garantias individuais - forma-se a opinião pública, sempre a partir de uma narrativa midiática que distorce a realidade dos fatos e constrói no imaginário popular a figura do "inimigo social", "por julgamentos morais sumários ao arrepio da teleologia constitucional[453]". Dentro dessa premissa, já há decisões judiciais no sentido da proibição de apresentação do preso à imprensa, no âmbito de ações civis públicas, sem motivação clara e pormenorizada, vejamos.

Em Minas Gerais, em ação civil pública ajuizada pela Defensoria do Estado, houve a concessão de antecipação de tutela recursal, em sede de agravo de instrumento, para que fosse reconhecida a excepcionalidade da apresentação não voluntária de imagem e/ou voz de investigados presos pela Polícia Civil. Dessa forma, foi determinado que a autoridade policial motive, por escrito, a decisão de apresentar imagem e/ou voz do preso "de forma individual, concreta e objetiva, indicando os aspectos fáticos e jurídicos que a embasam quanto à necessidade e adequação e proporcionalidade da medida em favor da administração da justiça ou para a elucidação das investigações[454]". Ainda, de acordo com a decisão, cabe ao Ministério Público e à Defensoria o controle da apresentação, dentro do limite de suas atribuições.

No mesmo sentido, é decisão proferida pelo juízo da 17ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Maceió, que decidiu:

> [...] a observância ao respeito à imagem do preso provisório, velando, quando sujeito às suas autoridades, pela não exposição involuntária aos meios de comunicação; b) a proibição de que empregados de empresas de comunicação privada utilizem-se dos veículos públicos ou qualquer outro equipamento estatal, quando em operação com presos provisórios, para produzir imagens e/ou exposições involuntárias destes[455].

No Rio de Janeiro, o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital condenou o Estado a somente divulgar o nome dos acusados, descrição dos seus atributos físicos juntamente com o fato imputado, sem qualquer divulgação de imagem ou foto. Ainda, e de

---

[452]CARVALHO, Rômulo Luis Veloso de; MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond. **É preciso**..., op. cit., p. 2.
[453]Ibid., p. 2.
[454]Ibid., p. 3. Referência aos autos de nº 5087042-63.2018.8.13.0024 – 2ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias; decisão proferida no Agravo de Instrumento 1.0000.18.108797-4/001.
[455]Ibid., p. 3. Referência aos autos de nº 0706323-53.2017.8.02.0001. 17ª Vara da Fazenda Pública de Maceió.

acordo com a decisão, caso haja a real necessidade da exposição do investigado, a autoridade policial deve

> [...] motivar de maneira clara, congruente e explícita, as razões para a exibição de foto ou imagem involuntária, desde que o façam de maneira a não possibilitar a imediata identificação do encarcerado provisório, salientando, sobretudo a utilidade da exposição para a persecução penal, pré-processual e processual[456].

A questão da apresentação do preso à imprensa, explicitamente, ou voluntariamente, pela autoridade policial, degrada não somente a imagem do investigado e fomenta na população o pânico já instaurado, mas também expõe o julgador, quando, em casos específicos, tem de decidir pela decretação de medida cautelar pessoal. O juiz deve, como já pontuado neste trabalho "analisar os casos livre de clamores indevidamente estimulados[457]". Assim, a imposição de limites aos órgãos de persecução penal dos Estados no que toca o tema é mandatória, exatamente da forma como decidiram as Cortes Estaduais nos julgados mencionados.

Entretanto, delimitações jurisprudenciais pontuais não serão suficientes para coibir a prática da apresentação do investigado à imprensa; há de se dar corpo legislativo ao art. 41, inc. VIII da Lei de Execuções Penais, editando-se normas federais minuciosas, para que, sem motivação pormenorizada, sejam proibidos os órgãos de persecução penal de divulgar, tanto imagem, quando voz de pessoa investigada. A proteção à privacidade, intimidade, honra e imagem, e principalmente, a presunção de inocência do investigado, deve ser preservada.

Ainda, deve-se observar que a apresentação degradante do preso à imprensa, sem qualquer motivação plausível, não é prática apta a legitimar o direito de informação da sociedade sobre o fato criminoso ocorrido ou sobre a investigação criminal; o ato não pode ser conduzido com sensacionalismo[458].

Na jurisprudência mencionada, não há nenhum impeditivo à imprensa para que exerça suas atividades regulares. Há, sim, limitações ao poder conferido à autoridade pública para que siga regras mínimas de respeito à dignidade do investigado, sem violar o seu direito à própria imagem. A falta de regramento legal específico dificulta, em muito, a supressão desse tipo de conduta.

---

[456]CARVALHO, Rômulo Luis Veloso de; MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond. **É preciso**..., op. cit., p. 3. Referência aos autos de nº 0131366-09.2013.8.19.0001 – 1ª Vara da Fazenda da Fazenda Pública do Rio de Janeiro.
[457]CARVALHO, Rômulo Luis Veloso de. MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond. **É preciso**...cit. p. 3.
[458]Ibid., p. 4.

Na contramão do exposto, posicionou-se o Deputado Federal Alberto Fraga quando propôs o Projeto de Lei 4634/2016, que pretende acrescentar parágrafo único ao art. 40 da Lei de Execuções Penais, com o seguinte texto: "Parágrafo único. Não configura sensacionalismo ou desrespeito à integridade moral do preso, a divulgação de sua imagem ou a sua apresentação em meios de comunicação como garantia da ordem pública[459]".

Para justificar o projeto de alteração, o parlamentar utiliza-se dos seguintes argumentos:

> Nesse contexto, o presente Projeto de Lei tem por objetivo permitir que presos, sejam eles condenados ou provisórios, tenham sua imagem divulgada, além de permitir que eles possam ser apresentados em meios de comunicação para concessão de entrevistas, sem que isso configure sensacionalismo ou desrespeito a sua integridade moral. A intenção desta proposição não é colocar o preso em situação degradante ou vexatória. Pretende-se, em verdade, aproveitar o auxílio da mídia para evitar que novos crimes sejam cometidos, reforçando o aspecto preventivo-pedagógico e diminuindo a sensação de insegurança da população [..] verifica-se que de igual forma, o direito de expressão possui proteção constitucional, sendo que tal direito abrange a liberdade de imprensa, já que esta utiliza os meios de comunicação para se expressar [...] que nos casos de veiculação de imagem de pessoas presas, em que a divulgação foi viabilizada por representantes do poder estatal, estes têm o dever de atuar sempre a favor da supremacia do interesse público, num viés coletivo, portanto, de caráter dúplice, no sentido de assegurar com efetividade o direito da Administração da Justiça e a necessidade de manutenção da ordem pública. Com efeito, trata-se, portanto de se reconhecer a possibilidade de divulgar a imagem do preso com a finalidade de tutela a garantia de ordem pública, consubstanciada no direito fundamental à segurança pública[460].

Aqui, percebe-se que "ordem pública" e "interesse público" são incorporados como tônicas à liberação irrestrita, mesmo que contra a vontade do investigado, de sua apresentação aos órgãos de mídia, que, como já estudado, distorcem situações fáticas, criando uma realidade paralela. "Ordem pública" tem abertura semântica excessiva e pode ser interpretada das mais diversas maneiras. A jurisprudência e doutrina pátrias tem entendido ser o risco à ordem pública uma real probabilidade de reiteração delitiva; mas o que seria "ordem pública" no contexto da apresentação do preso à imprensa? Segundo o PL em tela, a intenção seria a de reforçar "o aspecto preventivo-pedagógico [...] diminuindo a sensação de insegurança da população[461]". Ora, a presunção de inocência como norma de tratamento firma que os órgãos públicos, principalmente os de persecução penal, devem tratar o investigado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A proteção da imagem é um

---

[459]Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=41070E7E2A32C23D940B863812948A06.proposicoesWebExterno1?codteor=1440327&filename=Tramitacao-PL+4634/2016>: Acesso em: 16 out. 2019.
[460]Ibid.
[461]Ibid.

desdobramento natural da observância da presunção de inocência como norma de tratamento, tratamento este que deve ser dispensado ao investigado, não somente durante o curso da investigação preliminar, mas de toda a persecução penal, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em relação ao interesse público, este também tem suas limitações; qual o "interesse público" em apresentar o investigado, cabisbaixo, muitas vezes parcialmente despido, algemado, aos órgãos de mídia? Rotulá-lo como culpado e assim preservar a credibilidade da justiça, através da visão de realidade deturpada vendida pelos órgãos de imprensa? Ou interesses comerciais[462]? De qualquer forma, e dentro da conta constitucional, convencional e infraconstitucional, os órgãos do persecutório estatal devem proteger a imagem do investigado, com raízes na presunção de inocência como norma de tratamento e os efeitos irradiante e horizontal que de sua perspectiva objetiva emanam.

Assim, a degradação causada pela imagem do investigado algemado, que posteriormente, poderia ser colocado em liberdade por ter sido "preso por engano[463]", traz danos irreparáveis, tanto à sua imagem-atributo quanto retrato. No cumprimento de medidas cautelares pessoais, no curso de investigação preliminar, então, a dimensão do constrangimento por conta do agrilhoamento se expande, tendo em vista que não há espaço algum para a formação de culpa. Discute-se, primordialmente, se há ou não risco ao processo, com preconiza o art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse mister, a conformidade da Constituição Federal com a Convenção Americana de Direitos Humanos[464], no que tange o uso de algemas, já foi tema discutido e decidido no Supremo Tribunal Federal:

> Quando o agente do Estado não cumpre, ou cumpre com demasias ou despropósitos jurídicos o que estabelece a norma de direito do País e os tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário, o abuso – inclusive na utilização de algemas – deve mais que ser considerado indevido juridicamente. Em tese, deve mesmo constituir crime[465].

---

[462]PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 176.

[463]Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-28/homem-preso-engano-indenizado-decide-tj-sc>: Acesso em 07 out. 2019.

[464]A Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. III), prevê que ninguém será submetido a torturas, penas ou tratamento cruel, desumano ou degradante. "Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano." (Art. 5. 2). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 06 dez. 2019.

[465]STF. HC 89.429, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 22-8-2006, DJ de 2-2-2007.

Nessa toada, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil já foi instado a se manifestar acerca de tratamentos degradantes a presos, incluindo internos, sobre o uso indevido de algemas por agentes carcerários, entre outras violações[466].

A violação à imagem do investigado custodiado, principalmente aqueles sobre os quais recai medida cautelar pessoal perpetua-se através de casos bastante recentes; em Porto Alegre, preso foi algemado ao corrimão de uma escada que dá acesso ao Palácio da Polícia, em plena luz do dia. Permaneceu lá por cerca de uma hora, até a chegada de uma viatura que o pudesse conduzir. No período em que permaneceu algemado, ficou à mercê dos olhares e do julgamento do público que por ali transitava. As lentes das câmeras da mídia também não pouparam o preso provisório, que teve sua imagem divulgada em praticamente todos os órgãos de imprensa[467]. De certo que alguns noticiosos, tanto eletrônicos, quanto físicos,

---

[466]"Em audiência realizada nesta sexta-feira, dia 19, em San Jose da Costa Rica, o Estado Brasileiro terá que explicar para a Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as graves violações em seu sistema de privação de liberdade, tanto para adultos como para adolescentes, bem como sua política de encarceramento em massa. As seguidas mortes e denúncias sobre a situação das pessoas presas no Brasil levaram os juízes da Corte a declarar que há indício de "um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário". Novos dados sobre as prisões brasileiras deverão ser divulgados durante a sessão, uma vez que o governo foi obrigado a responder 52 questões sobre a situação atual dos presos, como o número de torturas nesses espaços, assim como apontar 11 medidas concretas para superar problemas como a superlotação e o enfrentamento a facções criminosas nas unidades. A audiência ocorre a partir das 14h30m (horário de Brasília), com transmissão por meio deste site. O documento é baseado em quatro Medidas Provisórias que atualmente estão na Corte – Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco; Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão; Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro e Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo. A Justiça Global é peticionária de três dos quatro casos (exceto o do Plácido de Sá), junto com outras organizações. Para a coordenadora da Justiça Global, Sandra Carvalho, a audiência "reflete entendimento da Corte Interamericana de que a situação de extrema violência nas unidades prisionais e socioeducativas é estrutural e verificada em quase todos os estados. Isso põe em questionamento a aposta política do Brasil no encarceramento em massa da juventude negra e pobre, cobrando do Estado uma ação mais consistente que vá no sentido do desencarceramento".
A situação de tortura e maus tratos dos adolescentes na unidade socioeducativa do Espírito Santo vem sendo denunciada ao Sistema Interamericano desde 2009. Há relatos, inclusive, de abusos sexuais e de uso de técnicas de tortura semelhantes às utilizadas pelos Estados Unidos no Iraque e durante a ditadura militar no Brasil. Fotos comprovam marcas de agressões e o uso abusivo de algemas pelos agentes. Há também fotos feitas a pedido dos internos mostrando o local de tortura, num ponto cego da unidade que não é coberto por câmeras de segurança. Segundo eles, os funcionários também desligam a água e deixam a luz dos alojamentos/celas acesa durante a noite como forma de tortura. Depois, os agentes fecham a portinhola das moradias, para que os internos fiquem com calor e sem possibilidade de hidratação durante horas. Os internos destacaram ainda o uso cada vez mais frequente de gás de pimenta e bomba de efeito moral. No último informe enviado pelos peticionários à Corte, um dos socioeducandos relatou que durante a ação de agentes, um dos meninos foi sufocado com um saco plástico cheio de gás lacrimogêneo e chegou a desmaiar. Desde 2011, a Corte emite resoluções exigindo a adoção de medidas para proteger a vida e a integridade pessoal de toda e qualquer pessoa que se encontre na UNIS. As medidas seguem vigentes e o Brasil vem descumprindo de forma sistemática por isso é convocado a prestar novas explicações sobre a permanência das violações". Disponível em <http://www.global.org.br/blog/brasil-respondera-por-superencarceramento-homicidios-e-torturas-na-corte-interamericana-nesta-sexta-feira/>. Acesso em 07 out. 2019.

[467]Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/06/12/com-viaturas-lotadas-preso-e-algemado-a-corrimao-de-escada-no-palacio-da-policia-em-porto-alegre.ghtml>. Acesso em: 07 out. 2019. Nessa toada pontua Bastos Júnior: "São corriqueiras as imagens de pequenos delinquentes, simples suspeitos ou mesmo presos, sem o mínimo sinal de periculosidade, algemados, quase sempre com as mãos às costas – o que acrescenta sofrimento físico à humilhação – ou até mesmo a para-choques de veículos, postes ou árvores".

"borraram" o rosto do imputado quando da divulgação de sua imagem. Mesmo assim, tal atitude é deficiente, pois marcas corpóreas, como tatuagens e cicatrizes, por exemplo, podem identificá-lo junto ao público em geral e a integrantes de seu seio social. A degradação da imagem, e consequente violação a este direito fundamental, não se resume somente à proteção do rosto dos investigados; vale para o corpo todo.

O caso retromencionado não é isolado. Em 2016, outros presos provisórios foram algemados a uma lixeira defronte ao mesmo local, enquanto aguardavam vagas nos presídios da capital Riograndense. Nesse caso, os imputados estavam encarcerados dentro de viaturas há vários dias e haviam pedido aos agentes policiais para "esticar as pernas[468]". A humilhação de estar exposto ao público configura execração social, gerando reflexos negativos, tanto na imagem-retrato do investigado, quanto em sua imagem-atributo[469]. Mais uma vez, as notícias divulgadas por jornalistas absolutamente despreparados não tem o condão de informar, e, sim, de impingir condenação prévia àquele sobre o qual não recai sequer denúncia[470].

Ponto importante que deve ser abordado, diz respeito ao transporte de presos em aeronaves, momento no qual o imputado tem contato com outros indivíduos, de maneira bastante próxima. A Agência Nacional de Aviação Civil, a ANAC, através da Instrução de Aviação Civil n° 2504 0388, de 15 de março de 1988, itens 4 e 5, estipulou que:

> Quando conduzindo prisioneiros, o embarque, marcação de lugares e desembarque devem ser feitos de acordo com as instruções dos integrantes do DPF os quais decidirão se desejam o embarque antecipado e desembarque prioritário, bem como, quais os assentos mais convenientes no avião"[471].

Ainda, a IAC em comento trata do uso de algemas pelo imputado custodiado, definindo que: "Caso o prisioneiro seja transportado com algemas esta situação deverá, se possível, ser encoberta[472].

(BASTOS JUNIOR, Edmundo José de. Algemas**. Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 8, n. 13, p. 190., 2002).

[468]Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/11/presos-sao-algemados-em-lixeira-apos-horas-dentro-de-viatura-no-rs.html>. Acesso em 07 out. 2019.

[469]Ana Lúcia Menezes Vieira observa que: "A notícia do inquérito ou do processo, narrada de forma leviana, distante da verdade e sem critério técnico por parte do jornalista, a publicação de fotos comprometedoras de sua imagem e honra, as filmagens sensacionalistas do criminoso, do local dos fatos fazem parte do cotidiano dos meios massivos de comunicação. Nem sempre há a preocupação do jornalista de preservar a intimidade do suspeito. Nem tampouco esse cuidado existe por parte da autoridade policial ou investigadores de polícia, que insistem em apresentar o preso à mídia".(PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade**..., op. cit., p. 219).

[470]Ibid., p.220.

[471]Item 4. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/iac/iac-2504/@@display-file/arquivo_norma/IAC2504.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

[472]Item 5. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/iac/iac-2504/@@display-file/arquivo_norma/IAC2504.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

Há aqui preocupação evidente com a exposição do imputado aos olhares dos demais passageiros e quiçá, até da própria imprensa, que pode, no mesmo voo, acompanhar o transporte. Entretanto, a expressão "se possível" não nos parece adequada tendo em vista que as algemas devem estar sempre encobertas, de forma a se evitar o constrangimento e a exposição da imagem do investigado. Ainda, o uso de algemas, mesmo que em transporte de presos por aeronaves deve seguir estritamente o disposto na súmula vinculante 11, observando-se que o uso do instrumento constritor em tela somente deverá se dar em situações excepcionalíssimas, como já asseverado.

Nesse mister, em 29/01/2018, a ANAC editou a Resolução de nº 461 que "Dispõe sobre os procedimentos de embarque e desembarque de passageiros armados, despacho de armas de fogo e de munição e transporte de passageiros sob custódia a bordo de aeronaves civis[473]". A mencionada Resolução aduz em seu art. 72, inc. V que: "A equipe de escolta deverá garantir que o passageiro sob custódia: V - não seja algemado a partes fixas da aeronave, salvo em situações em que o passageiro apresentar comportamento que o caracterize como passageiro indisciplinado". A nosso ver, caso descumprido, tal artigo lembraria, em muito, os presos de Porto Alegre, agrilhoados a lixeiras e corrimões.

O texto da Resolução ora exposto, evidentemente, procura evitar constrangimento, preservando o direito que tem o preso à sua própria imagem. Porém, aos olhos da sociedade, influenciada e moldada de forma diuturna pela mídia, é muito difícil desconciliar o uso de algemas da atribuição de culpa. Muitas vezes, esse tipo de exposição parte do próprio agente público, responsável direto pela manutenção da integridade física, psicológica e moral de seu custodiado[474] que pode, inclusive, por conta do abuso, ser responsabilizado administrativa, cível e criminalmente, como já pontuado.

---

[473]Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-461-25-01-2018/@@display-file/arquivo_norma/RA2018-0461.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

[474]Sobre o tema posiciona-se Figueiredo: "Ocorre que, infelizmente, atualmente, vivenciamos um Direito Penal de ocasião, isto é, o caminhar depende do soprar dos ventos. E, em razão disso, muitas vezes, alguns integrantes dos órgãos policiais encarregados de prevenir e reprimir a criminalidade atual, deixando-se levar ora por pressão da mídia, ora por excesso de vaidade, ou, ainda, por absoluto despreparo técnico-jurídico, extrapolam na utilização de algemas, empregando-as contra pessoas que não oferecem a mínima resistência quando do momento da prisão, bem como ainda não demonstram a menor vontade em empreender fuga (até pela total impossibilidade de condições físicas para fazê-lo), mesmo porque, muitas destas pessoas desconhecem por completo naquele momento o teor das acusações que pesam contra si". (FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Algemas: algumas considerações. Direito Militar. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME**, Florianópolis, v. 9, n. 56, p. 8., nov./dez. 2005). Pode-se citar como exemplo do uso indevido de algemas na prisão de Jader Barbalho, preso por determinação da Justiça Federal do Tocantins, que, ao desembarcar em Palmas, sob escolta policial, encontrava-se algemado, em cena repetida exaustivamente pelos noticiosos televisivos e impressos. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u29279.shtml>. Acesso em: 11 out. 2019.

Conclui-se que a violação dos preceitos constitucionais e convencionais no que tange a utilização de algemas, bem como a exposição do investigado algemado – e também outras formas de restrição corpórea – constitui nítido atentado ao direito do investigado à própria imagem. A divulgação massiva e indevida do investigado algemado fere sua imagem-retrato – conjunto de característicos físicos do indivíduo – e imagem-atributo – imagem social, como atributo do indivíduo em seu grupo social, trazendo consequências irreparáveis. Vale apontar que, como todo investigado, nem acusação formal há. Ainda, a investigação poderá ser arquivada ou a denúncia rejeitada. Porém, o dano causado à imagem do investigado já tomou seu curso, e a ojeriza social fatalmente será incorporada à sua imagem física e moral.

Dessa forma, observa-se que a legislação que toca o tema, em que pese ter evoluído, ainda é deficiente em sua aplicação efetiva, necessitando de baliza legislativa mais estreita, bem como fiscalização jurisdicional. Tudo isso para que se evitem os abusos e constrangimentos sofridos pelo investigado quando vestido com os grilhões, "satisfazendo a 'volúpia' punitiva e o sadismo inconsciente da sociedade escópica brasileira[475] [...]".

Além disso, para que os espaços de discricionariedade cessem, e as algemas sejam realmente utilizadas quando necessárias, imperioso que as forças que as empregam incorporem os ditames já compulsados pelo Supremo Tribunal Federal[476], bem como pela legislação infraconstitucional, em homenagem não somente ao princípio da presunção de inocência, como também à efetivação de todas as garantias a este correlatas.

---

[475]CAMARGO, Maria Clara de Lima, et al. A restrição do uso de algemas: uma aproximação com a teoria dos direitos fundamentais e a questão da súmula vinculante nº 11 do STF. In: GIACOMOLLI, Nereu José MAYA, André Machado (Orgs.)**. Processo penal contemporâneo**. Porto Alegre: Nuria Fabris: 2010, p. 260.

[476]Vale, aqui, a leitura de trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes no que toca a obrigatoriedade de justificação por escrito pela autoridade policial para o uso de algemas, em cumprimento de mandado de prisão temporária: "[...] nestes autos os reclamantes insurgem-se contra ato praticado por policiais em cumprimento ao mandado de prisão temporária decretado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Betim/MG [...] Destaco, também, que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Betim/MG, ao decretar a prisão temporária dos reclamantes, consignou que o mandado deveria ser cumprido "com as cautelas previstas em lei, evitando qualquer abuso ou arbitrariedade por parte dos seus cumpridores" [...] No caso, a utilização excepcional das algemas foi devidamente justificada pela autoridade policial, nos termos exigidos pela Súmula vinculante 11. Ficou demonstrada a existência de fundado perigo à integridade física dos conduzidos, de terceiros e dos agentes policiais que realizaram a escolta. Ademais, como bem destacado pelo MPF, "eventual nulidade decorrente do uso de algemas no cumprimento do mandado não vicia a prisão processual". – STF - Rcl 8.409. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE 234 de 3-12-2010. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em: 06/12/2019.

3.4 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NO CURSO DE MEDIDAS CAUTELARES REAIS E DE INCIDÊNCIA PROBATÓRIA

3.4.1 Medidas cautelares reais – breves considerações

No processo penal brasileiro são três as medidas cautelares reais; sequestro (art. 125, CPP), arresto (art. 136, CPP) e hipoteca legal (art. 134, CPP). Já, no tocante às medidas cautelares de incidência probatória, para fins deste trabalho concentraremos os estudos em busca e apreensão (art. 240, CPP) e interceptação telefônica (Lei 9296/96).

No que toca as medidas cautelares reais, ou assecuratórias, deve-se pontuar que, muitas vezes uma sentença favorável à reparação de danos, como em ação civil *ex delicto*, pode não obter sucesso na aquilatação de bens para a sua satisfação. Isso se dá por conta da dilapidação patrimonial efetuada pelo investigado (ou réu), que frustra uma futura compensação por danos sofridos, relativos ao delito cometido[477]. A antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo dá-se através de medidas cautelares reais que visam "assegurar os meios para que esse provimento definitivo possa vir a ser conseguido, e, principalmente, possa ser eficaz[478]".

Da mesma forma que as medidas cautelares pessoais, as reais não se consubstanciam em um fim em si mesmas, jamais podendo tomar forma de execução definitiva. Há, aqui, também caráter instrumental, comum a todas as medidas cautelares previstas no processo penal brasileiro. Observa-se que o *periculum in mora* é a pedra fundante das medidas cautelares reais, de forma que a prestação jurisdicional tornar-se-ia inócua caso os bens do indivíduo não estivessem arrestados, sequestrados ou hipotecados. Aqui, o risco ao processo não decorre da liberdade do agente e sim "das possibilidades de deterioração dos bens móveis ou imóveis, alienações fraudulentas etc.[479]".

O *periculum in mora* não pode ser demonstrado de forma genérica; deve estar devidamente fundamentado, com base em elementos concretos que indiquem que o patrimônio do investigado corre risco iminente de dilapidação. Para fins processuais penais, o *fumus comissi delicti* também deve estar presente, resumindo-se na presença inequívoca de

---

[477]ARRUDA, Eloisa de Souza. As medidas cautelares reais no processo penal brasileiro. **MPMG jurídico: revista do ministério público do estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 52., dez./jan. 2005/2006

[478]Ibid., p. 52.

[479]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 917.

indícios de autoria e materialidade delitiva inconteste[480]. Vale lembrar que as medidas cautelares reais podem ser efetivadas durante a investigação preliminar ou no curso da instrução criminal.

O sequestro judicial presta-se a acautelar bens móveis e imóveis adquiridos pelo investigado com os proventos do delito, ainda que haja transferência destes bens a terceiros, sendo destinados, se for o caso, a reparação de danos sofridos pelo ofendido, e, ainda, ao pagamento de penas pecuniárias e ao custeio de despesas processuais. No sequestro, os únicos bens móveis e imóveis passíveis de restrição são aqueles que efetivamente foram originados pela prática criminosa.

Por sua vez, o arresto recais sobre bens móveis, porém de origem lícita, estranhos ao crime. Caso o investigado não possua bens imóveis, ou estes não sejam suficientes para o ressarcimento patrimonial da vítima, aplica-se o arresto.

No que tange a hipoteca legal, esta incide sobre bens imóveis lícitos do investigado, diversos da origem criminosa. A hipoteca legal tem aplicabilidade, por exemplo, em crimes que resultam em ganho patrimonial. A inscrição da hipoteca deve ser feita na matrícula do imóvel, de forma a conferir efetividade e eficácia à medida constritiva. Há ainda a possibilidade de arresto prévio do imóvel passível de hipoteca[481]; o arresto prévio é um procedimento que prepara a hipoteca legal, tendo em vista que o prazo para que se efetive a hipoteca de um imóvel é longo, com trâmites complexos. Assim, efetua-se o arresto prévio de forma imediata para que, em 15 dias, a parte interessada promova a hipoteca legal no Registro de Imóveis.

---

[480]Aury Lopes Júnior, sobre o tema, observa que: "Também exigem, para sua decretação, a demonstração do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis,* ainda que, por se tratarem de medidas patrimoniais, esses elementos adquiram um referencial conceituai um pouco distinto daquele que norteia o sistema das cautelares pessoais. Cada uma das medidas possui a sua especificidade, exigindo uma certa flexibilização dos conceitos a ponto de, por sua especificidade, exigindo uma certa flexibilização dos conceitos a ponto de, por sua estreita relação com as medidas cautelares do Direito Processual Civil, não constituir uma impropriedade falar-se em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Mas, sublinhe-se, isso em nada conflita com a crítica que fizemos anteriormente a tais conceitos, pois, em se tratando de medida cautelar pessoal (leia-se prisões cautelares), é absolutamente inadequada a transmissão de categorias do processo civil. Contudo, nas medidas cautelares reais, por sua estreita vinculação com o interesse patrimonial a ser satisfeito na esfera cível, em sede de ação de indenização, por exemplo, a adoção dos conceitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* não constitui a mesma inadequação". (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 917).

[481]Art. 136, CPP.

3.4.2 Medidas cautelares de incidência probatória – breves considerações

Para fins desta dissertação, nos ateremos às medidas cautelares de incidência probatória que, em nosso sentir, tem relação mais estreita com a violação ao direito à imagem do investigado; a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

Prevista no art. 240 do Código de Processo Penal, a busca e apreensão tem a finalidade de procurar, encontrar, apossar-se e guardar pessoa ou coisa[482]. Pode ocorrer durante a investigação preliminar, na instrução criminal e no curso da execução penal.

Aqui, é importante asseverar que "busca" e "apreensão" são dois institutos diferentes e independentes, em que pese a sistemática do Código de Processo Penal alocá-los no mesmo contexto. Podem ocorrer de forma simultânea ou apartada; "poderá haver busca sem apreensão (quando não se encontrar o objeto procurado), ou apreensão sem busca (na hipótese em que a coisas seja apresentada à autoridade, lavrando-se auto de exibição e apreensão)[483]". Bastos Pitombo observa que "busca" é meio de obtenção de prova, tem como função encontrar pessoas ou coisas e apreensão é medida cautelar probatória, pois tem função de garantir a prova[484]. Aqui, importante pontuar que a apreensão, decorra ela da busca ou não, "pode ainda atender interesse assecuratório, ou seja, indisponibilizar o bem para posteriormente ser restituído à vítima[485]". O Código de Processo Penal prevê duas modalidades de busca; a busca domiciliar e a pessoal e a problemática que envolve o atentado ao direito à imagem do investigado pode se dar em ambas, como será observado adiante.

A interceptação telefônica é medida cautelar de incidência probatória prevista na Lei 9.296/96[486] e tem natureza de meio de obtenção de prova, podendo ocorrer tanto durante a investigação preliminar, quanto a instrução criminal. Para que a medida constritiva em tela possa ser autorizada, que também pode abarcar fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, há a obrigatoriedade, assim como em outras medidas cautelares, da presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*[487]. Ainda, caso a prova possa ser obtida por outros meios, a interceptação telefônica não poderá ocorrer, tendo em vista o

---

[482]BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado.** 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 516.
[483]Ibid., p. 516. Aqui, Aury Lopes Júnior observa que: "São institutos diversos, mas que foram tratados de forma unificada. Nem sempre a busca gera a apreensão (pois pode ocorrer que nada seja encontrado) e nem sempre a apreensão decorre da busca (pode haver a entrega voluntária do bem). (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 709).
[484]PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.
[485]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 708.
[486]Lei que trouxe normatização ao inc. XI do art. 5º da CF/88.
[487]GRECO FILHO, Vicente. **Manual**..., op. cit., p. 262.

caráter invasivo desse meio de obtenção de prova, que implica em "devassa indiscriminada à intimidade da pessoa[488]". Ainda, a interceptação telefônica somente poderá ser decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da autoridade policial, no curso da investigação preliminar. O Ministério Público também poderá requerê-la, durante a investigação preliminar ou no curso da ação penal. A cautelar em comento deve perdurar por 15 dias, renováveis por igual período, sucessivamente, demonstrada a cabal necessidade de sua continuidade[489] e só pode ser decretada para crimes apenados com reclusão.

3.4.2.1 Violação do direito à imagem do investigado nas medidas cautelares reais

A violação do direito à própria imagem, no curso de uma medida cautelar real, pode não ter o mesmo impacto da decretação de uma medida cautelar pessoal, mas ocorre, tendo em vista a autuação, tanto dos órgãos de imprensa, quanto de autoridades públicas. O sequestro, arresto ou hipoteca de bens do investigado é amplamente – e maliciosamente - divulgado. O caráter cautelar/instrumental/patrimonial da medida, da forma como veiculada pela mídia, leva o grande público a crer que o sujeito imputado terá seus bens "confiscados", leiloados e, imediatamente, o erário será ressarcido de seu prejuízo. Quando se parte de tal premissa, invariavelmente ouvintes e telespectadores desavisados criam a convicção de que aquele que, naquele exato momento tem o *status* de investigado, já foi considerado culpado pela justiça, e consequentemente, está condenado. Afinal, por qual outro motivo iria a justiça decretar uma medida cautelar de tal grandeza, senão para ressarcir o que foi usurpado dos cofres públicos? Ademais, não raro, os valores e bens que são acautelados são desproporcionais ao necessário para satisfazer os interesses estatais; principalmente em sede de cognição sumária tal acautelamento torna-se temerário, pois pode comprometer a própria subsistência do investigado[490].

Acrescenta-se a esse quadro o fato de que a complexidade legal dos institutos cautelares assecuratórios dificulta a compreensão do público em geral sobre as suas aplicações. O trabalho da grande mídia, no que tangencia as medidas cautelares reais, torna a confusão ainda maior.

---

[488]WEINMANN, Amadeu de Almeida; WEINMANN, Rejane. A escuta telefônica e outras invasões da intimidade - o anonimato e sua ilicitude. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 90, out./nov. 2010.

[489]HC 83.515/RS – 16/09/2004 - Relator Min. Nelson Jobim.

[490]Sobre o tema, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 23, n. 277, p. 23-24., dez. 2015.

Ainda, importante pontuar que as medidas cautelares reais, durante um longo período permaneceram adormecidas, despertando somente com o recentíssimo fenômeno do combate à criminalidade econômica, citando-se aqui, à guisa de exemplo, a operação Lava Jato[491]. Nesse sentido Badaró, observa que a indisponibilidade patrimonial judicial tornou-se objeto de exploração da grande mídia pois: "A imprensa – que já sabe de tudo que corre nos autos sigilosos do intitulado 'procedimento criminal diverso' – não se contenta mais em mostrar o investigado sendo preso e algemado...tem que exibir as mansões e os caríssimos carros importados que serão sequestrados[492]".

A gravidade da exposição do investigado ao público aumenta quando a decretação de uma medida cautelar assecuratória vem acompanhada de cautelares pessoais, o que contribui para a narrativa de realidade deturpada perpetrada pelos órgãos de imprensa. Fica claro ao grande público que o investigado que, além de ter seus bens confiscados tem contra si prisão preventiva (ou temporária) decretada, só pode ser culpado daquilo que, diga-se, nem está sendo acusado, e, talvez, nem o será. O julgamento prévio perpetrado pela massa consumidora das notícias, tendo as autoridades públicas e a mídia como veículos formadores da opinião pública, toma proporções épicas quando recaem sobre o investigado, simultaneamente, medidas cautelares reais e pessoais.

Mais uma vez, a deficiência legislativa protetiva do direito à imagem do investigado fomenta o abuso e perpetua a violação, ferindo de morte o princípio da presunção de inocência, como já dito, mormente no que tange sua vertente "norma de tratamento" e todas as garantias a ela atreladas.

3.4.2.2 Violação do direito à imagem do investigado nas medidas cautelares de incidência probatória

3.4.2.2.1 Na Busca e Apreensão

Traçados os conceitos de "busca e apreensão", parte-se para a análise do instituto sob a perspectiva da violação ao direito à própria imagem do investigado.

A busca, no processo penal brasileiro, pode ser dar em relação a pessoas ou coisas. Vamos nos ater à busca pessoal que "incide diretamente sobre o corpo do agente[493]" e

[491]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 916.
[492]BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A lei...,** op. cit., p. 13.
[493]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 725.

somente será autorizada quando "houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior[494]". Ainda, a busca pessoal independe de mandado, "no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar[495]".

A abertura semântica do termo "fundada suspeita", utilizado nos artigos retromencionados, dá margem ao abuso pois consubstancia-se em "uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial[496]". A busca pessoal, em regra, é efetuada nas ruas, por policiais militares, e o requisito da "fundada suspeita" torna-se eivado de um determinado seletivismo social. O indivíduo de cabeça baixa, mãos cruzadas nas costas e de rosto contra o muro, atrai curiosos, que, invariavelmente, principalmente em tempos de mídias sociais, filmam e fotografam a abordagem policial. O produto das filmagens rapidamente atinge as redes sociais e não raro, são cedidos ou vendidos à imprensa, dependendo do grau de violência da abordagem ou do "interesse público". Não se fala aqui na prisão em flagrante delito, mas sim, na busca pessoal aleatória, aquela do dia-a-dia, baseada na arbitrária "fundada suspeita", geralmente, determinada por policial militar.

O problema gerado em situações como a narrada supra, resume-se no fato que o indivíduo não é sequer investigado. Pode haver uma investigação em curso, na qual aquele sujeito aleatoriamente abordado faz parte; mas a busca pessoal lastreada em "fundada suspeita", em geral, recai fortuitamente sobre o cidadão que nem mesmo está sendo investigado. Sua imagem é então divulgada – atualmente na velocidade da luz - e o rótulo de culpado surge; a polícia efetuou abordagem e na visão do público, é porque "onde há fumaça, há fogo".

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema, como se depreende do HC 81.3054/GO, julgado em 13/11/2001, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, que assim se pronunciou:

> A 'fundada suspeita', prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e

[494]Art. 240, §2º, CPP.
[495]Art. 244, CPP.
[496]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 725.

> caracterizadoras de abuso de poder. Habeas Corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo[497].

Como se pode perceber, o conceito de "fundada suspeita" assemelha-se ao da "ordem pública", de abertura semântica proibitiva no atual cenário constitucional e convencional. Aqui, novamente, vem à tona a origem autoritária e de inspiração fascista de nosso Código de Processo Penal, cercada de arbitrariedade que não se pode permitir em tempos de processo penal moderno. Fica a critério da polícia, dessa forma, expor ou não indevidamente a imagem do indivíduo, tudo por conta de uma "fundada suspeita". A normatização deficiente da busca pessoal contribui para o agravamento do quadro exposto, recaindo o abuso estatal sobre os "clientes preferenciais do sistema[498]", denotando sua evidente seletividade.

Sobre o tema, é importante assinalar que a busca pessoal nos termos expostos pode levar ao encontro de aparelho de telefonia móvel em poder do abordado. O acesso ao seu conteúdo dava-se indiscriminadamente, não raro sob forte coação da autoridade abordante – geralmente, policial militar – que constrangia o indivíduo a fornecer a senha de acesso ao aparelho. O material angariado, sem autorização judicial, poderia ser utilizado em desfavor do sujeito, bem como seu conteúdo privado exposto ao público, violando sua imagem, atributo e retrato.

Ocorre que o acesso a conteúdo de aparelho de telefonia celular passou a depender, necessariamente, de autorização judicial. O STJ, no RHC de nº 89.981/MG, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, foi assim ementado:

> Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas – WhatsApp). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos[499].

---

[497]Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+81305%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y43kycr2>. Acesso em: 25 out. 2019.

[498]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 726.

[499]Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2

A prática da invasão do dispositivo de telefonia celular sem autorização judicial, e consequente violação do direito à intimidade, vida privada e imagem se justificava pelo fato de que "o conteúdo digital estava no aparelho e, assim, tal qual outro objeto apreendido poderia ser analisado pela autoridade policial[500]". Ainda, invocava-se a eventual demora judicial para a autorização da quebra de sigilo. A equivocada premissa critica a forma processual; ocorre que, no processo penal, forma é "garantia da eficácia dos direitos fundamentais, tendo-se ainda que efetivar os protocolos da cadeia de custódia, bem assim de responsabilidade pela extração do conteúdo[501]".

O acesso arbitrário ao conteúdo de telefone celular leva, consequentemente à violação do direito à imagem do investigado; a autoridade policial consegue, muitas vezes coagindo o investigado a fornecer a senha do aparelho, aceder a arquivos que revelam situações que devem permanecer na esfera privada do indivíduo. Ademais, a partir do acesso, as imagens, ou arquivos de vídeo e voz encontrados no aparelho de telefonia móvel, podem facilmente ser compartilhados com outros usuários de redes sociais, ou aplicativos de mensagens, gerando constrangimento. Podem ainda ser enviados à imprensa, que, sem critério algum os divulgará, em nome do "interesse público à informação", apesar de não conseguir explicar qual interesse o público teria em uma imagem, vídeo ou áudio de cunho íntimo do indivíduo.

O controle judicial, *in casu*, "garante a qualidade da prova e produz melhores decisões. Além de assegurar a eficácia do direito fundamental da intimidade, permite que se faça o controle de credibilidade do material, por meio da documentação de toda a cadeia de custódia[502]", assegurando que o material juntado ao processo corresponda ao mesmo que foi extraído[503].

É certo que o policial militar que, atualmente, acessa conteúdo em dispositivo de telefonia celular sem autorização judicial, poderá incorrer em abuso de autoridade, respondendo pelo crime insculpido no art. 13, inc. I ou II na novel Lei 13.869/2019. Ocorre

---

789981%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2789981%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>. Acesso em: 28 out. 2019.

[500]ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. **Vasculhar aparelho celular só é possível com autorização judicial**. Conjur. 23/02/2018. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/limite-penal-vasculhar-aparelho-celular-somente-autorizacao-judicial>. Acesso em: 28 out. 2019.

[501]Ibid.

[502]Sobre o tema, cf. PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[503]Sobre o tema, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu no mesmo sentido, em Riley v. California. Cf. https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf. Acesso em 28/10/2019.

que a confecção da prova nesses casos torna-se bastante difícil, tendo em vista a própria natureza jurídica, já exposta, da "fundada suspeita".

Como observa Lopes Júnior: "O que separa o uso do abuso quando há tal indefinição da lei?[504]". A normatização legislativa é necessária para que os abusos sejam coibidos, de forma que a jurisprudência, em que pese adaptar normas às situações fático-processuais, não é suficiente para que haja total conformação do texto de lei às normas constitucionais e convencionais.

3.4.2.2.2 Na interceptação telefônica

As interceptações telefônicas tornaram-se meio de obtenção de prova essencial para a resolução de casos que envolvem, principalmente, a criminalidade organizada. Órgãos de persecução penal de todo o mundo utilizam-se da interceptação telefônica como forma de combate a crimes como corrupção, terrorismo, tráfico de pessoas, dentre outros. Nessa trilha, em prol da eficiência instrumental do processo, o direito à imagem do investigado fica em constante berlinda, sofrendo ameaça de violação[505]. Para atingir a finalidade proposta neste trabalho, nos ateremos à violação do direito à imagem do investigado nas interceptações telefônicas em sentido estrito[506]

É sabido que não há de se falar em direito absoluto à intimidade, e consequentemente imagem, como já abordado no presente trabalho, o que "constituiria evidente bloqueio à ação efetiva dos órgãos de persecução penal[507]". A pauta, aqui, deve ser a preservação do direito à imagem do investigado no curso de cautelar de interceptação telefônica pois deve haver limite à intromissão estatal na esfera de privacidade do indivíduo. Corre-se o risco de, nesses casos, por conta da violação do direito à imagem do investigado "estarmos diante não de uma investigação criminal, mas de uma verdadeira devassa, na qual não se investigam fatos concretos e determinados, mas a própria pessoa suspeita ou acusada[508]".

---

[504]LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito**..., op. cit., p. 727.
[505]WEDY, Miguel Tedesco. A interceptação telefônica e seus limites. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 6., dez./jan. 2017.
[506]Há, ainda, escuta telefônica: ocorre quando o terceiro capta a conversa, com o consentimento de apenas um dos interlocutores; Interceptação ambiental: captação de conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente que se situam os interlocutores, sem o conhecimento destes; Escuta ambiental: interceptação de conversa entre presentes, realizada, com o conhecimento de um ou alguns; Gravação unilateral clandestina ou gravação telefônica: praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa (telefônica ou não), sem o consentimento da outra pessoa.
[507]WEDY, Miguel Tedesco. **A interceptação**..., op. cit., p.6.
[508]Ibid., p. 6.

A violação do direito à imagem do investigado, na interceptação telefônica será aqui abordada pela perspectiva da divulgação do conteúdo de interceptações telefônicas pela imprensa ou pela autoridade pública. O acesso aos autos de investigação preliminar por parte da imprensa, na maioria das vezes antes das partes, já é corriqueiro. Advogados, por exemplo, tomam conhecimento de fatos relativos ao inquérito policial ou ao procedimento investigatório criminal – formas mais comuns de investigação policial no sistema de justiça criminal brasileiro – por intermédio dos órgãos de mídia.

Nessa trilha, a situação não é diferente quando se trata da divulgação de trechos do conteúdo de interceptação telefônica; a prática é ilegal, pois a própria Lei 9296/95, em seu art. 8º, determina que: "A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas". A inexistente preservação do sigilo da interceptação telefônica, quando da divulgação de seu conteúdo pela imprensa, dá-se com fundamento no "interesse público", mais uma vez utilizado como forma legitimação para a violação de direitos e garantias individuais.

Ainda, a novel Lei 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, preconiza, em seu art. 28 que é crime: "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 acusado". Aqui, a proteção ao investigado no que diz respeito à sua imagem, é específica. Responderá pelo crime de abuso de autoridade, quem divulgar gravação ou trecho de gravação que não tenha qualquer relação com a prova que se intente produzir. A legislação mencionada, vem ao encontro dos direitos da personalidade, mormente o direito à imagem, tutelando de forma explícita as violações que, de divulgações de gravações indevidas, podem ocorrer.

Importante pontuar que o artigo de lei citado menciona "gravações" ou "trechos de gravações". Assim, em nosso sentir, as captações, não necessariamente devem ser oriundas de interceptação telefônica somente. Quaisquer gravações, incluindo ambientais, clandestinas ou não, estão incluídas na vedação legal ora exposta.

Não se sabe, ao certo, como os resultados das interceptações telefônicas são direcionados aos órgãos de mídia; o que se sabe é que tal divulgação causa, não somente prejuízo à própria investigação, como também ao investigado, que vale ressaltar, ainda não foi sequer denunciado[509]. Assim, a publicização do conteúdo amealhado em cautelar de

[509]A Lei 13.869/2019, que disciplina os crimes de abuso de autoridade, inclui em seu texto a criminalização de interceptação telefônica, informática, telemática, promoção de escuta ambiental, ou quebra de segredo de Justiça,

interceptação telefônica somente deve se dar entre os atores do persecutório, observados os ditames legais; qualquer interpretação contrária, invariavelmente acarretará prejuízos.

Nesse mister, vale pontuar a paradigmática condenação impingida ao Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Escher e Outros vs. Brasil*, em 6 de julho de 2009. Interceptações telefônicas ilegais contra pessoas que sequer investigadas eram e consequentes divulgações de seu conteúdo pela grande imprensa, conteúdo este fornecido pelo próprio Poder Público, levaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos a condenar o Brasil, por violação aos arts. 1.1, 2, 8, 11, 16, 25 e 28 da Convenção Americana de Direitos Humanos[510]. A condenação obrigou o Brasil a reparar integralmente as vítimas pelos danos

---

sem autorização judicial ou com propósitos não autorizados em lei. "Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei".

[510]"Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1.Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. Artigo 8. Garantias judiciais 1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3.A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade. 1.Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. Artigo 16. Liberdade de associação. 1.Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia. Artigo 25. Proteção judicial.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja

sofridos por conta da divulgação à imprensa de conversas telefônicas obtidas de forma ilegal, nos seguintes termos:

> O Estado violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação reconhecidos no artigo 11 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pela interceptação, gravação e divulgação das suas conversas telefônicas, nos termos dos parágrafos 125 a 146 e 150 a 164 da presente Sentença. 3. O Estado violou o direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pelas alterações no exercício desse direito, nos termos dos parágrafos 169 a 180 da presente Sentença [...] 7. O Estado deve pagar aos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, o montante fixado no parágrafo 235 da presente Sentença a título de dano imaterial, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da mesma e conforme as modalidades especificadas nos parágrafos 260 a 264 desta Decisão. 8. O Estado deve publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional, e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, uma única vez, a página de rosto, os Capítulos I, VI a XI, sem as notas de rodapé, e a parte resolutiva da presente Sentença, bem como deve publicar de forma íntegra a presente Decisão em um sítio web oficial da União Federal e do Estado do Paraná. As publicações nos jornais e na internet deverão realizar-se nos prazos de seis e dois meses, respectivamente, contados a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 239 da mesma. 9. O Estado deve investigar os fatos que geraram as violações do presente caso, nos termos do parágrafo 247 da presente Sentença. 10. O Estado deve pagar o montante fixado no parágrafo 259 da presente Sentença por restituição de custas e gastos, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da mesma e conforme as modalidades especificadas nos parágrafos 260 a 264 desta Decisão[511].

O caso consubstancia-se em interceptações telefônicas autorizadas judicialmente contra Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni. O major Waldir Copetti Neves, oficial da Polícia Militar do Paraná, requereu à juíza Elisabeth Khater, da comarca de Loanda, região noroeste do Estado,

---

contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. Artigo 28. Cláusula federal. 1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. 2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinente, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção. 3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção."

[511]Item XII – PONTOS RESOLUTIVOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

autorização para interceptar linhas telefônicas de cooperativas de trabalhadores ligadas ao Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, MST. A Magistrada, deferiu o pedido e não notificou o Ministério Público. Assim, as gravações foram efetuadas por 49 dias e parte de seu conteúdo foi divulgado em uma coletiva de imprensa.

Sobre a decisão da CIDH no que toca o caso *Escher e Outros vs. Brasil*, observa MASI que: "Ainda não se consolidou a consciência de que o Brasil integra um sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Talvez por essa razão as Cortes do país ainda se valham com tamanha timidez dos precedentes externos e dos próprios mandamentos da Convenção Americana[512]". Vale lembrar que a interceptação telefônica realizada deu-se fora do curso de uma investigação, que sequer existia. Nessa trilha, os interceptados não possuíam ainda o *status* de investigados, o que traz ainda mais perplexidade no toca a decretação da medida cautelar.

Por conta da condenação referida, em 22 de abril de 2010 foi publicado o Decreto de nº 7158 que autorizou a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a cumprir a sentença proferida pela CIDH, indenizando, então Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni em US$ 22,000.00 cada um[513].

Certo é que, a indiscriminada divulgação de conversas telefônicas obtidas via interceptação telefônica, seja esta ilegal (fora dos parâmetros processuais, como no caso exposto) ou legal, com ou sem a participação de qualquer órgão do persecutório criminal na propagação, configura evidente dano à imagem do investigado, além de prejudicar sobremaneira o curso da investigação preliminar, violando o princípio da presunção de inocência e suas garantias correlatas.

---

[512]MASI, Carlos Velho. O caso escher e outros vs. Brasil e o sigilo das comunicações telefônicas: a fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 932, p. 349., jun./2013.

[513]"DECRETO Nº 7.158, DE 20 DE ABRIL DE 2010. Autoriza a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento a sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Arley José Escher e outros; Considerando a existência de previsão orçamentária para pagamento de indenização às vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos; DECRETA: Art. 1º. Fica a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República autorizada a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 6 de julho de 2009, referente ao caso Arley José Escher e outros, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos às vítimas ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto. Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação".

Não basta a redação do art. 10 da Lei 9296/96[514] para que a perpetuação do dano à imagem do investigado cesse; é necessário que haja alteração significativa no referido dispositivo legal para que confira efetividade à proteção constitucional e convencional da imagem do investigado quando de sua violação pela divulgação de conteúdo de interceptação telefônica, seja pela imprensa, seja pela autoridade pública.

3.5 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO COLABORADOR NA COLABORAÇÃO PREMIADA

3.5.1 Breves considerações

Em tempos de inerente questionamento e consequente cobrança social sobre a morosidade do judiciário, com a "voz das ruas" clamando por punições mais rápidas e eficazes, diversas são as propostas de modificação do sistema processual penal brasileiro para que se torne "instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal[515]. Para que se atinja tal objetivo, e com o intuito de arrefecer os ânimos da sociedade eleitora, direitos e garantias individuais são violados e relativizados, incluindo, aqui, o direito à imagem.

Nesse sentido Zilli observa que:

> A ignorância criminológica é compensada com a elevação do tom punitivo. Afinal, é sobre o desconhecido que a retórica da ameaça e do medo encontra terreno fértil para a expansão. Os efeitos para a política criminal são nefastos [...] Mas, para além dos equívocos tipológicos, segue-se a restrição indiscriminada dos direitos fundamentais mediante a ampliação do espectro de incidência dos meios de obtenção de prova[516].

Uma das soluções encontradas para o problema exposto foi a expansão da justiça criminal negocial, tida "como uma solução instantânea para um problema complexo[517]". A tônica da negociação na justiça criminal é a aceleração processual, destaque na prática da justiça criminal atual[518], que, em que pese trazer em seu âmago meios para otimizar

---

[514]"Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa".
[515]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015, p. 23.
[516]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A colaboração**..., op. cit., p. 855.
[517]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de**. Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 14.
[518]Ibid., p. 14.

procedimentos, reduzir prazos e recursos[519], não tem se mostrado suficiente para aplacar os clamores sociais por punições mais rápidas e efetivas.

Assim, e dentro de uma ampliação praticamente irrestrita dos espaços de consenso na justiça criminal corre-se grande risco de que sejam violados direitos e garantias individuais, por intermédio da "[...] realização de acordos entre acusação e defesa com o objetivo de obter confissões e colaborações, ou seja, afastar a resistência inerente à posição defensiva, em troca de benefícios prometidos para abrandar a resposta punitiva estatal[520]". Surge, então, dentro do contexto de expansão dos espaços negociais na justiça criminal, a colaboração premiada[521], instituto destinado a auxiliar no combate do recente fenômeno da criminalidade organizada[522].

A Lei 12.850/13, chamada de Lei das Organizações Criminosas, regula os aspectos normativo-procedimentais da colaboração premiada[523], que tem natureza jurídica de meio de obtenção de prova[524], tendo em vista que é ferramenta processual que visa produzir prova em juízo. Dessa forma, a colaboração premiada

---

[519]Ibid., p. 14.

[520]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha**...cit., p. 24.

[521]Para fins deste trabalho, a análise recairá sobre a Lei 12.850/13, que regulamentou procedimentos para a efetivação dos acordos de colaboração premiada. Sobre a colaboração premiada em outras leis, explica Greco Filho: "A colaboração premiada, também chamada "delação premiada", já era prevista na Lei n. 9.034/95, revogada, e em outas leis especiais, como a Lei n. 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro) e a Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), cada uma com contornos próprios". (GRECO FILHO, Vicente**. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/13.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39).

[522]Sobre as organizações criminosas Zilli pontua que: " As organizações se ajustam e se movem à luz de uma finalidade que, via de regra – embora não exclusivamente é de matriz econômica. O acúmulo de capital, se de um lado agrega os seus membros, de outro fortalece o poder da própria organização, fixando-a como um espectro paralelo às estruturas formais e legais de poder. O poder económico alimenta o poder de corrupção e por ele é fomentado. De fato, quanto maior for a capacidade corruptiva maior será a sobrevida da organização. A corrupção materializa-se tanto no impedimento das ações fiscalizatórias e repressivas, como também na obtenção de informações privilegiadas que viabilizem o crescimento do grupo. Nessa perspectiva, apagar e esconder os rastros ilícitos provocados pelo acúmulo de capital são ações necessárias e que se materializam mediante complexos expedientes de investimentos imobiliários e de operações financeiras. Por sua vez, a estrutura de funções, cargos e atividades é outra característica muito própria da criminalidade organizada. Os postos inferiores são ocupados por aqueles que executam as ações mais visíveis. Estão, portanto, mais sujeitos à ação repressiva dos órgãos persecutórios. Mas também são aqueles que sentem, mais diretamente, o poder intimidatório da organização (SILVA, 2015, p. 13.). Galgar os degraus da estrutura supõe um distanciamento das ações executórias. A cúpula é composta pelos líderes que são os responsáveis pelo direcionamento intelectual. Nesse aspecto, as organizações criminosas são exemplo eloquente dos dilemas que tocam a dogmática penal no âmbito da responsabilização do concurso de agentes, especialmente da autoria mediata". (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A colaboração**..., op. cit., p. 856).

[523]Greco Filho, sobre a Lei 12.850/13, observa que: "A lei comentada disciplinou-a com maior amplitude e pormenores e como qualquer instituto ainda incipiente no Brasil, tendo em vista que não se encontra assentado em nossa cultura processual penal, apresenta problemas que poderão, até, inviabilizar a sua aplicação e a sua utilidade no combate ao crime organizado". (GRECO FILHO, Vicente**. Comentários**..., op. cit., p. 39).

[524]Badaró diferencia "meio de prova" de "meio de obtenção de prova", explicando que: "[...] a diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de prova (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de prova, estes, sim, aptos a convencer o juiz". (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 266).

> [...] por expressa determinação legal (art. 3º, I, da Lei 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilo financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal)[525].

Zilli, nessa trilha, ensina que:

> A colaboração premiada, em sua formatação atual – Lei 12.850/13 - é meio de obtenção de prova que assume vestimenta distinta de seus primos mais próximos. Por ela, o alvo da persecução transmuda-se para assumir nova posição jurídica, qual seja a de testemunha imprópria. Para tanto, supõe celebração de acordo o qual envolve, da parte do colaborador, ato de disposição do direito ao silêncio seguido de compromisso de prestar colaboração efetiva mediante o fornecimento de provas[526]

Dentro da premissa legal, a colaboração premiada é "causa de perdão judicial, redução ou substituição da pena daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação criminal e com o processo penal[527]", desde que da colaboração resulte uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/13[528].

Nessa toada, vale pontuar que o instituto da colaboração premiada, nos ditames da Lei retromencionada, segue parâmetros convencionais de combate às organizações criminosas,

> [...] em especial à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado e transnacional (Convenção de Palermo), à qual o Brasil aderiu em 15 de novembro de 2000 ratificada através do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, que estabelece, em seu art. 26, §1º, alíneas a e b, expressamente, a mencionada figura; e à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, ratificada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de Janeiro de 2006, que em seu art. 37, §§ 1º a 3º, igualmente descreve em termos similares a figura da colaboração[529].

É importante lembrar que o acordo de colaboração premiada permanece sigiloso até o recebimento da denúncia, vale dizer, durante todo o período que envolve a investigação

---

[525]HC 127.483/PR de 17/08/2015, Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 31 out. 2019.

[526]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A colaboração**..., op. cit., p. 871. Há quem considere ainda, ser a colaboração premiada meio de defesa. Para tal posição, cf. MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (coord); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord). **Colaboração premiada.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2018, p. 59.

[527]GRECO FILHO, Vicente**. Comentários**..., op. cit., p. 40.

[528]São elas; "I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada".

[529]BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa:** Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117/118.

preliminar. Dessa forma, seus termos, assim como o depoimento do colaborador e documentos correlatos a este (anexos, extratos bancários etc.), devem permanecer distantes de pessoas ou órgãos – públicos ou privados – que não sejam partes no inquérito policial ou procedimento investigatório criminal[530].

3.5.2 O direito à imagem e o investigado colaborador

Como observa Vasconcellos, o acusado colaborador é peça-chave no intrincado mecanismo negocial que envolve o instituto da colaboração premiada, de maneira que "todo o sistema é desenvolvido a partir de sua importância[531]". De um giro, o Estado supre suas deficiências e dificuldades dentro da investigação preliminar, ofertando benesses ao colaborador em troca de seu auxílio, que deve ser obrigatoriamente voluntário[532], para a obtenção de seus conhecimentos acerca da organização criminosa investigada[533]. Por outro, os demais imputados receiam que o colaborador, "pressionado por arbitrariedades estatais ou por intenções ilegítimas de obter a melhora de sua situação a qualquer custo[534]", colabore de forma abusiva, incluindo na colaboração incriminações desprovidas de comprovação material.

Neste trabalho não pretendemos discorrer sobre o investigado "delatado", pois este, no que tange a tutela de sua imagem, amolda-se àquele envolvido em uma investigação preliminar regular. Vamos nos ater, portanto, ao investigado colaborador, que possui proteção específica gravada na Lei 12.850/13.

É certo que o colaborador, para a presente análise em situação de investigado e não réu, goza de todos os direitos e garantias individuais, de origem constitucional e convencional, que lhe são franqueados. A disposição infraconstitucional desses direitos vem representada pelo texto do art. 5º da Lei 12.850/13, que traz em seu bojo o seguinte texto:

> Art. 5º São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais

[530]Lei 12.850/13 – Art. 7º, §3º - "O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º".
[531]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração**..., op. cit., p. 79.
[532]Nesse mister, observa Zilli que: "A voluntariedade do colaborador é requisito essencial, sem a qual o acordo é marcado pela ilicitude, patologia esta que contamina todos os atos dali derivados. Não se exige espontaneidade sendo, portanto, irrelevantes as considerações sobre as intenções do colaborador, especialmente, o desejo de alcançar e de obter benefícios persecutórios consubstanciados por tratamento punitivo mais brando. Em realidade o que se proscreve é a coação física ou psicológica, indutora da manifestação da vontade". (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A colaboração**..., op. cit., p. 867).
[533]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração**..., op. cit., p. 82.
[534]Ibid., p. 82.

> coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Para fins desse trabalho, nos ateremos na análise, em particular, dos incisos II e V.

Como já observado, o acordo de colaboração premiada perde a sua condição de "sigiloso" no momento em que é recebida a denúncia. Porém, o direito à própria imagem do colaborador – e os demais insculpidos nos incisos supramencionados – permanecem intactos, assim como a própria lei determina. Ainda que os termos do acordo de colaboração premiada venham à lume, divulgados pela autoridade judiciária ou pela imprensa, o colaborador deve ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, bem como não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito[535].

Ocorre que o sigilo dos acordos de colaboração premiada não é absoluto, nem mesmo antes do recebimento da denúncia. O levantamento do sigilo do acordo de colaboração premiada, anterior ao recebimento da inicial acusatória pode se dar "se assim recomendarem as circunstâncias, a segurança do colaborador e de seus familiares ou, independentemente de motivação, com a anuência escrita do colaborador e de seus familiares, manifestada por seu defensor constituído[536]". Ainda, como já observado, o sigilo das investigações não é oponível ao delatado, assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório.

Como se pode perceber, a proteção do investigado colaborador é matéria de primeira ordem e dever premente do Estado[537]. Tanto é assim que uma das razões para a restrição à publicidade do acordo de colaboração premiada é a proteção do colaborador, tanto de sua integridade física, quanto de sua intimidade e imagem, estendendo-se tal tutela a seus familiares. Vale observar que a Convenção de Palermo, em seu art. 24 é clara em relação à

---

[535]Bitencourt e Busato observam que pode decorrer da preservação da identidade do autor limitação ao direito de defesa dos demais investigados. (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários**..., op. cit., p. 138). Não podemos concordar; em que pese o colaborador poder preservar sua imagem, inclusive durante a instrução criminal, seu nome é revelado no âmago da ação penal. A imagem preservada não significa que o acesso ao nome, ou ao conteúdo da colaboração, para as partes, fique oculto. Ao contrário; todo o conteúdo que diz respeito ao corréu não colaborador deve ser desvelado, para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, já decidiu o STF que "o sigilo dos atos de colaboração não é oponível ao delatado" – STF, Rcl 24.116/SP, 2ª Turma, Relator, Ministro Gilmar Mendes. Há, outrossim, a possibilidade da omissão do nome de testemunha ameaçada, de acordo com o previsto na Lei 9807/99, situação bastante diversa da apresentada. Nesse sentido, cf. STF, HC 99.736/DF – 27/4/2010 - 1ª Turma, Relator Ministro Ayres Britto.

[536]STF, Pet 7003 - Relatoria Ministro Edson Fachin - apenso 6, cláusula 21, parágrafo único. Disponível em <https://www.camara.leg.br/stf/Inq4483/INQ_4483_PenDrive_Fl._1.787/DOC%2006%20%20Autos%20em%20meio%20digital/6_5%20PET%207003/PET%207003/PET%207003%20Apenso%2006.pdf>Acesso em: 31 out. 2019.

[537]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração**..., op. cit., p. 242.

proteção de testemunhas, texto extensível ao colaborador[538]. Nesse exato sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que:

> [...] de acordo com o artigo 5º da Lei 12.850/13, no bojo da colaboração premiada, é direito do colaborador ter a sua qualificação e dados pessoais preservados. No presente caso, a decisão do Magistrado de vedar o acesso às informações referentes ao local de residência e às autorizações para deslocamentos do colaborador está assente com a legislação de regência, bem como não tem o condão de inviabilizar o direito defesa do ora paciente[539].

Não se pretende analisar a proteção do investigado colaborador pelo prisma de sua integridade física, mas, sim, no que se relaciona à sua imagem. O que se deve pontuar é a forma como, indiscriminadamente, acordos de colaboração premiada são obtidos pela grande mídia e divulgados em horário nobre, incluindo seus anexos e os depoimentos dos colaboradores ao órgão acusatório, em vídeo e áudio. As consequências para o colaborador

---

[538]A Convenção de Palermo foi ratificada pelo Brasil em 12 de março de 2014, através do Decreto nº 5015. Quanto à proteção de testemunhas – e consequentemente colaboradores – dispõe que: "Artigo 24 Proteção das testemunhas. 1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas. 2. Sem prejuízo dos direitos do arguido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras: a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos que visem, consoante as necessidades e na medida do possível, nomeadamente, fornecer-lhes um novo domicílio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro; b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados. 3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos com outros Estados para facultar um novo domicílio às pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo. 4. As disposições do presente Artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas". Na mesma toada, a Lei 8.807/99 "Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal". Em seu art. 7º traz as seguintes medidas de proteção à testemunha; "Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal. Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro". A medidas de proteção previstas para a testemunha são perfeitamente aplicáveis ao colaborador, em que pese a sua natureza jurídica de "investigado", em leitura que deve ser feita conjuntamente com o art. 6º, inc. V, da Lei 12.850/13: "Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário".

[539]STJ, HC 341.790/PR de 26/04/2016 – 5ª Turma – Relator Ministro Félix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340131922/habeas-corpus-hc-341790-pr-2015-0296257-9/relatorio-e-voto-340131946?ref=juris-tabs>. Acesso em: 31 out. 2019.

por conta da exposição indevida de sua imagem são as mais diversas; o rótulo de "traidor" o é impingido mesmo por aqueles que clamam pelo recrudescimento das punições legais aos criminosos do colarinho branco. A colaboração premiada passa a ser vista como "delação"[540] e o colaborador como "delator", termos atécnicos, cunhados pela imprensa sensacionalista para estigmatizar o investigado colaborador.

A violação ao inc. V do art. 5º da Lei 12.850/13, bem como a dispositivos constitucionais e convencionais, em situações como essa, é patente; via de regra, não há a autorização do investigado colaborador para que a imprensa divulgue a sua imagem, o que muitas vezes ocorre através das mãos dos próprios órgãos de persecução. Tal exposição pública, além de estigmatizar o investigado colaborador, coloca em risco a sua integridade física, como também a de seus familiares.

Dessa forma, as disposições legais que protegem a imagem do investigado colaborador tornam-se prejudicadas, tendo em vista que, em nome da liberdade de imprensa, expressão e interesse público, as mencionadas práticas ilegais não são coibidas, em que pese a Lei 12.850/13 dispor em seu art. 18 que revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem a sua prévia autorização acarreta pena de reclusão de 1 a 3 anos. O tipo penal em tela deve ser interpretado de maneira abrangente, apto a responsabilizar não somente o agente público que nele incide, como também abarcar "qualquer pessoa que viole o sigilo do acordo, divulgando a identidade do colaborador [...][541]", aqui, observados os efeitos irradiantes e horizontais que emanam da perspectiva objetiva da presunção de inocência.

Vasconcellos, sobre o tema, observa que, tendo em vista as divulgações diuturnas de acordos de colaboração premiada por parte da imprensa, antes mesmo de sua homologação, incluindo negociações prévias, o tipo penal mencionado tem aplicabilidade praticamente nula[542]. Ainda, uma vedação legal, mais específica e pormenorizada, voltada à divulgação ilegal de acordo de colaboração premiada sigiloso pela grande mídia[543] ensejaria, certamente, protestos de que o legislador estaria criando uma "nova forma de censura".

---

[540]Para observações em relação à diferença entre "colaboração" e "delação", cf. FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 16, n. 70, p. 256, jan./fev. 2008.

[541]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração**..., op. cit., p. 265.

[542]Ibid. p. 265. Há doutrina que defende que somente os atores participantes do acordo de colaboração premiada devem ser responsabilizados de acordo com o delito insculpido no art. 18 da Lei 12.850/13. Nesse sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários**..., op. cit., p. 195-196.

[543]Há projeto de Lei – PL 4.372/16 – tramitando na Câmara Federal, atualmente aguardando o parecer do relator na CCJ, que pretende acrescentar à Lei 12.850/13 o art. 21-A, com o seguinte tipo penal: "Constitui crime divulgar o conteúdo dos depoimentos colhidos no âmbito do acordo de colaboração premiada, pendente ou não de homologação judicial. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

A presunção de inocência, nesse mister, assume contornos estranhos; em que pese estar colaborando para o desvelamento de organização criminosa, o investigado colaborador não conta com o título de herói perante o grande público; é estigmatizado como o "culpado que virou delator", e portanto, na visão corrompida repassada pelos órgãos de mídia, cometeu o crime, e, arrependendo-se, "entregou seus comparsas", tornando-se um pária social, o "traidor". Assim, não basta a certeza social da culpa do investigado colaborador pelo cometimento do crime que está sendo investigado, certeza essa fomentada pela disseminação de realidade processual penal distorcida pela imprensa e incorporada por seu público. A culpa, agora, além daquela instituída pelo cometimento do delito, é também caracterizada pela "traição" perpetrada pelo investigado colaborador contra o investigado, este popularmente conhecido por "delatado". Seja qual for a forma, o investigado colaborador será rotulado duplamente por conta de seu auxílio no desmantelamento de organização criminosa, fruto da divulgação ilegal de seus termos de colaboração – audiovisuais e escritos – pelos órgãos de imprensa. Seu *status* midiático-social, além de "culpado", fica acrescido de "traidor"[544].

Dessa maneira, muitas vezes o acordo de colaboração premiada nasce por conta do surgimento da decretação de uma medida cautelar pessoal[545], real, ou de incidência probatória. Nesses casos, além de já ter sofrido o escárnio da imposição de uma cautelar, já

[544]Sobre a figura do "traidor", a qual não cremos existir, Bitencourt posiciona-se: "Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor – atenuando a sua responsabilidade criminal – desde que delate seu comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura o legislador brasileiro possibilita premiar o traidor oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade [...] *Venia concessa*, será legítimo ao Estado lançar mão de um estímulo à deslealdade e traição entre parceiros, para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? Note-se que, ainda que ainda que seja possível afirmar ser mais ser mais positivo moralmente estar ao lado da apuração do delito do que de seu acobertamento, é, no mínimo, arriscado apostar em que tais informações, que são oriundas de uma traição, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos mente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja". (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários**..., op. cit., p. 116-117).

[545]Sobre o tema, Zilli pontua que o colaborador preso pode ter maculado o quesito "voluntariedade" na elaboração de acordo de colaboração premiada: "Questão tormentosa emana da delicada situação do colaborador preso. A restrição da liberdade, por si, acentua a vulnerabilidade daquele que é o alvo da persecução. Muito embora não seja adequado fixar uma relação direta e automática de comprometimento do requisito da voluntariedade, é evidente que a condição, por si, exige maior cautela da autoridade judiciária no exercício do controle de licitude. E este, aliás, o seu papel o qual se materializa quando da audiência de oitiva do colaborador. Qualquer associação entre a liberdade e a anuência aos termos e condições do acordo de colaboração é suficiente para contaminá-lo, desqualificando aquele meio de obtenção de prova e os elementos porventura colhidos. A perspectiva de imposição de prisão cautelar ou mesmo o seu prolongamento não podem servir de alimento para um acordo. A concordância com a colaboração não é preço para o resgate ou para preservação do *status libertatis"*. (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A colaboração**..., op. cit., p. 867-868). Sobre a elaboração de acordos de colaboração premiada oriundos de prisões cautelares, cf. matéria veiculada pelo sítio Consultor Jurídico em 27/11/2014. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 05 nov. 2019.

exposto neste trabalho, ao se tornar colaborador o investigado tem de enfrentar outra sorte de rotulações. Como observam Lopes Júnior, Oliveira e Morais Da Rosa, "na sociedade do espetáculo há uma realidade invertida, o real surge do espetáculo e o espetáculo é real. Daí não há sentido buscar a limitação disso através do respeito às garantias processuais [...][546]". Zilli, nesse mister, observa que: "[...] não são raros os casos em que o julgamento se dilui em meio à força conquistada pela publicidade hipertrofiada da investigação. Trata-se de uma evidente disfuncionalidade da Justiça Penal que se acentua nas sociedades ávidas pela persecução-espetáculo[547]".

Diante do exposto, percebe-se que a lei vigente não consegue tutelar a imagem do investigado colaborador da forma como o texto constitucional e a legislação convencional preceituam. De certo que há mecanismos que, consonantes com as disposições constitucionais e convencionais, visam coibir a prática da exposição indevida imagem do investigado colaborador; a Lei 13.869/19, já mencionada neste trabalho, é um deles, apesar de possuir texto, por vezes, aberto em demasia.

Porém, em se tratando de colaboração premiada, há proteção específica à imagem do investigado colaborador que não é observada, em prol da liberdade de imprensa e expressão e do distorcido "interesse público". Nem mesmo a presença de tipo penal próprio à proteção da imagem do investigado colaborador – a despeito não crermos na "ilusória efetividade do Direito Penal para reprimir condutas sociais [...][548]" – inibe as condutas abusivas, tanto das autoridades públicas, quanto da grande mídia, seja televisiva, radiofônica, escrita ou digital.

Não se olvida de que a punição é necessária e civilizatória[549]. Entretanto, deve-se punir de acordo com as regras democraticamente instituídas. O balanço entre a tutela de bens jurídicos, temperado pelo princípio da proporcionalidade, deve na legislação infraconstitucional encontrar seu ancoradouro; a proteção ao direito à imagem do investigado colaborador deve se sobressair ao interesse público e à liberdade de imprensa e expressão, que encontram seus limites na Lei 12.850/13.

Assim, tanto autoridades públicas quanto órgãos de imprensa devem observar os efeitos irradiantes e horizontais dos Direito Fundamentais, especialmente da presunção de inocência. Os efeitos irradiantes vinculam todo o sistema jurídico, para que se efetive e

---

[546]ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler. **O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo.** Consultor Jurídico**.** 30/08/2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>. Acesso em 5/11/2019.
[547]ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Ainda**..., op. cit., p. 233.
[548]VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração**..., op. cit., p. 265.
[549]LOPES JÚNIOR, Aury. Mudança no sistema recursal: só esqueceram de combinar com a constituição... **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 277, p. 12., dez. 2015.

garanta a concepção e execução de um ordenamento acorde com o padrão constitucional e convencional de tutela desses direitos. Já os efeitos horizontais alongam essa vinculação entre os particulares - imprensa e investigado colaborador – ultrapassando e ampliando a fronteira Estado/investigado.

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO: SOLUÇÃO PARA OS MALES CAUSADOS PELA VIOLAÇÃO AO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO?

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

As constantes violações ao direito à imagem do investigado, como as expostas neste trabalho, produzem marcas indeléveis, principalmente em tempos de internet e mídias sociais onde a sociedade informacional produz grande fluxo de dados[550]. Tais marcas ultrapassam a singularidade do indivíduo e, rapidamente, atingem a coletividade[551], obrigando a tutela de um novel direito; o direito ao esquecimento[552].

No que tange sua natureza jurídica, o direito ao esquecimento é geralmente estudado em conjunto com outros direitos da personalidade "principalmente o direito à intimidade da vida privada e à identidade pessoal[553]", sendo deles, uma manifestação.

Assim, o direito ao esquecimento pode ser analisado como uma "repercussão do direito à intimidade da vida privada, uma vez que seu titular pretende impedir a divulgação de um fato ou realidade que integra o seu passado e que sobre ele não há ou deixou de haver interesse público [...] intentando que tais acontecimentos e conteúdos sejam esquecidos e não rememorados[554]". Por outra banda, a identidade pessoal, abarcada também pelo direito ao esquecimento, consiste na "proteção dos elementos caracterizadores do indivíduo perante os demais[555]", tais como nome, pseudônimo, imagem, todos resultantes de aspectos físicos do indivíduo.

Em visão ampliativa, os elementos de identidade pessoal podem também ser integrados por orientação sexual, fé professada, ideologia política e "outras realidades que definem o indivíduo na comunidade[556]". De certo que os elementos de identidade conectados a outras realidades, que não a física, podem modificar-se com mais frequência, o que não impede que o indivíduo possa exigir que não se "projete uma imagem desatualizada ou

---

[550]RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito ao esquecimento ao direito à desvinculação**: a tutela dos dados pessoais nos motores de busca na internet. Orientador: Cíntia Rosa Pereira de Lima. 2018. 163 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 101.
[551]BRUM, Caroline Bussoloto de. Análise constitucional do direito ao esquecimento**. Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 288, p. 12., nov. 2016.
[552]RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito**..., op. cit., p. 101.
[553]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 91, nov./dez. 2016.
[554]Ibid., p. 92.
[555]Ibid., p. 92.
[556]Ibid., p. 93.

distorcida da verdade acerca desses elementos que o identificam[557]". Nesse giro amolda-se situação jurídica de investigado, bem como de condenado, egresso, etc. Tais situações constituem perfeitamente elementos de identidade modificáveis que devem ser abarcadas pelo direito ao esquecimento. Mormente o investigado tem o direito ao esquecimento, de forma que, em caso de arquivamento da investigação[558] ou rejeição de denúncia, possa ele exigir "o esquecimento e o apagamento de registros daquilo que o identificava no passado[559]". A situação jurídica de investigado, traz ônus especial ao indivíduo quando da divulgação indevida de sua imagem; sobre o investigado quiçá acusação pesa de forma que, arquivado o inquérito policial – ou o procedimento investigatório criminal, dentre outras formas de investigação preliminar – ou rejeitada a denúncia, o indivíduo tem o direito de ser "esquecido", minimizando os efeitos da má repercussão, disseminada pela grande mídia (muitas vezes também pelos órgãos da persecução criminal).

O direito ao esquecimento, assim, contribui para que situações vivenciadas pelo indivíduo, e que lhe trouxeram, de alguma forma, dano à sua imagem, honra e/ou intimidade, "possam adentrar ao esquecimento coletivo[560]", impossibilitando, assim, que o evento danoso retorne à memória popular. Dessa forma o direito ao esquecimento surge como "[...] uma oportunidade para que fatos pretéritos desagradáveis ou constrangedores não fiquem assombrando as pessoas a cada momento de suas vidas[561]".

Nessa toada, Ramiro observa que há a obstaculização do livre exercício da identidade pessoal do indivíduo quando informações pessoais são difundidas fora do contexto, impedindo "o desenvolvimento da pessoa de maneira digna[562]". Assim, o direito ao esquecimento traz à pessoa "nova chance de reintegração social que somente é possível com o natural decurso do tempo e o consequente esquecimento dos fatos[563]".

Pode-se afirmar, então, que o direito ao esquecimento pode ser exercido de dois modos; o primeiro diz respeito ao esquecimento de um fato passado e pertence ao direito à intimidade e vida privada. O segundo abarca os traços de identidade pessoal, e considera, além da identidade física, seu caráter evolutivo e mutável exigindo uma "visão prospectiva da personalidade[564]".

---

[557]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito**..., op. cit., p. 93.
[558]CPP, art. 18 – "Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia".
[559]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito**..., op. cit., p. 93.
[560]BRUM, Caroline Bussoloto de. **Análise**..., op. cit., p. 12.
[561]RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito**..., op. cit., p. 101.
[562] Ibid., p. 102.
[563]BRUM, Caroline Bussoloto de. **Análise**..., op. cit., p. 12.
[564]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito**..., op. cit., p. 94.

Como pontua Ramiro, diversas expressões em língua inglesa surgiram para representar o direito ao esquecimento, tais como; *right to be forgotten* (direito de ser esquecido), *right to forget* (direito de esquecer), *right to be let alone* (direito de ser deixado em paz), *right to erasure* (direito ao apagamento) ou *right to delete* (direito de apagar)[565]. Entretanto, a expressão que mais se adequa ao direto ao esquecimento é o *right to oblivion* que "remete a palavra *oblivion* que provém do grego Lethe. Na mitologia grega "[...] a pessoa conduzida ao inferno depois de sua morte era obrigada a beber a água desse rio Lethe, para as memórias da sua vida pregressa fossem apagadas ou melhor, destruídas[566]".

Nessa toada, importante pontuar que os conteúdos divulgados pelos órgãos de imprensa, principalmente na era digital, fixam-se de maneira inexorável na memória popular, e mesmo que assim não fosse, ficam disponíveis em suas bases de dados, podendo ser consultados a qualquer momento, com o simples acionamento dos motores de busca da internet[567]. Isso leva o direito ao esquecimento ser confrontado com a liberdade de imprensa, expressão e o direito à informação[568]. Dessa forma, tem-se que o direito ao esquecimento

---

[565]RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito**..., op. cit., p. 101.
[566]Ibid., p. 101.
[567]SILVA, Bruno Roque Vanderley da et al**.** Direito ao esquecimento na era digital. **Revista jurídica UNIGRAN, Dourados,** v. 20, n. 40, p. 155, 2018.
[568]Sobre o interesse público *vs.* individual em relação ao direito ao esquecimento, decidiu o STJ, no RMS 49.920/SP, julgado em 10/08/2016, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: "No caso de processo penal que tramita sob segredo de justiça em razão da qualidade da vítima (criança ou adolescente), o nome completo do acusado e a tipificação legal do delito podem constar entre os dados básicos do processo disponibilizados para consulta livre no sítio eletrônico do Tribunal, ainda que os crimes apurados se relacionem com pornografia infantil. A CF, em seu art. 5º, XXXIII e LX, erigiu como regra a publicidade dos atos processuais, sendo o sigilo a exceção, visto que o interesse individual não pode se sobrepor ao interesse público. Tal norma é secundada pelo disposto no art. 792, *caput*, do CPP. A restrição da publicidade somente é admitida quando presentes razões autorizadoras, consistentes na violação da intimidade ou se o interesse público a determinar. Nessa mesma esteira, a Quarta Turma do STJ, examinando o direito ao esquecimento (REsp 1.334.097-RJ, DJe 10/9/2013), reconheceu ser "evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal". Ademais, os arts. 1º e 2º da Resolução n. 121/2010 do CNJ, que definem os dados básicos dos processos judiciais passíveis de disponibilização na internet, assim como a possibilidade de restrição de divulgação de dados processuais em caso de sigilo ou segredo de justiça, não têm o condão de se sobrepor ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LV, da CF), tampouco podem prescindir da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF). Assim sendo, eventual decretação de uma exceção que justificaria a imposição de sigilo absoluto aos dados básicos de um processo judicial não constitui direito subjetivo da parte envolvida em processo que tramita sob segredo de justiça, demandando, ao contrário, uma avaliação particular que delimite o grau de sigilo aconselhável em cada caso concreto, avaliação essa devidamente fundamentada em decisão judicial. Nesse sentido, a mera repulsa que um delito possa causar à sociedade não constitui, por si só, fundamento suficiente para autorizar a decretação de sigilo absoluto sobre os dados básicos de um processo penal, sob pena de se ensejar a extensão de tal sigilo a toda e qualquer tipificação legal de delitos, com a consequente priorização do direito à intimidade do réu em detrimento do princípio da publicidade dos atos processuais". Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RMS+49920&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 19 nov. 2019.

"nasce da ponderação entre princípios constitucionais que são amoldados de acordo com a subjetividade intrínseca a cada caso concreto [...][569]".

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A busca de uma solução ideal no que diz respeito ao direito ao esquecimento, que abarque tanto os interesses individuais quanto coletivos, não é tarefa fácil. Por isso, importante a análise, mesmo que sintética, da jurisprudência pátria e internacional sobre o tema, para que se possa delinear o caminho a ser percorrido quando pretende-se alocar o direito ao esquecimento como uma solução à violação do direito à imagem do investigado.

Na jurisprudência internacional, cita-se como paradigma o caso *Lebach* que foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) em 1973. O caso *Lebach* tratou da condenação, em 1970, dos autores do homicídio de 4 soldados enquanto dormiam, enquanto um, ficou gravemente ferido. Os autores do crime foram condenados à prisão perpétua e um partícipe a 6 anos de reclusão[570].

Dois anos após os eventos, uma emissora de televisão, a ZDF (*Zweteis Deutsches Fernsehen*) transmitiu um documentário sobre o caso, incluindo reconstituição com clara referência aos nomes de todos os envolvidos. O partícipe, que estava em vias de receber livramento condicional, requereu provimento jurisdicional para que fosse impedida a transmissão do documentário. O pleito foi indeferido tanto pelo Tribunal Estadual de *Meinz,* quanto pelo Superior Tribunal de *Koblenz*, o que resultou em Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha[571].

O Tribunal Constitucional Federal, então, julgou procedente a reclamação, proibindo a ZDF de transmitir o documentário. O TCF entendeu que houve violação pelas cortes *a quo* do direito de desenvolvimento da personalidade do reclamante (art. 2.1 da *Grundgesetz*[572])

---

[569]SILVA, Bruno Roque Vanderley da et al**. Direito**..., op. cit., p. 155.

[570]SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados.** Conjur. 5/06/2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 8 nov. 2019.

[571]MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão - Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 486. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

[572]"Artikel 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt." – "Artigo 2 (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral". – Disponível em:

pontuando que, nesse caso, uma eventual intervenção na liberdade de radiodifusão (art. 5.1 da *Grundgesetz*[573]) estaria justificada[574]. Assim, o TCF proibiu a difusão do documentário até que houvesse decisão final da ação principal nas cortes ordinárias competentes[575].

Para a decisão, o TCF levou em consideração que deve haver um contrabalanço entre direitos fundamentais, de forma que uma ponderação de interesses seria necessária para julgar o caso concreto, valorando-se a posição da pessoa humana. Nesse sentido, assim posicionou-se o Tribunal Constitucional Federal Alemão.

> A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da Grundgesetz, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (Menschenbild) da Grundgesetz e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição. Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à "personalidade" por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre [...] Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade[576].

Tem-se, do exposto no acórdão, que o direito ao esquecimento tem relação direta com a privacidade do indivíduo e o desenvolvimento de sua personalidade e que, no caso *Lebach*, "considerou-se a ressocialização do condenado em processo criminal[577]". Ainda, em função

---

<https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122>. Acesso em: 8 nov. 2019.

[573]"Artikel 5 (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt". – "Artigo 5 (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura". Disponível em: < https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01-245122>. Acesso em: 8 nov. 2019.

[574]MARTINS, Leonardo. **Introdução**..., op. cit., p. 487.

[575]Ibid., p. 487.

[576]Ibid., p. 491-492.

[577]RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito**..., op. cit., p. 106.

do transcurso de tempo entre o fato (1969) e o documentário (1973), o interesse público deixa de ser atual, prevalecendo o direito à ressocialização do reclamante[578].

Em complemento, observa Starlet que, de acordo com o TCF, em um primeiro momento – momento esse de persecução penal - foi observado o interesse público em prol do direito à personalidade do autor do fato. Ocorre que, em momento posterior ao persecutório "as intervenções nos direitos da personalidade subsequente já não podem ser toleradas, pois iriam implicar em uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance[579]".

No Brasil, no que tange o direito ao esquecimento, pode-se destacar o paradigmático caso "Aída Curi", que levou ao reconhecimento da presença de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no que toca matéria cível.

No caso em comento, os irmãos de Aída, morta em 1958, pugnavam pela compensação pecuniária e reparação material por conta do uso não autorizado de sua imagem por programa televisivo e defendiam, em preliminar "a existência de repercussão geral da matéria versada no recurso, dada a importante discussão que nele se trava, relativa ao direito dos recorrentes a proteger sua dignidade humana, atingida pelo exercício abusivo e ilegal da liberdade da expressão por parte da recorrida[580]".

Os autores afirmavam ainda que a Corte Suprema ainda não havia apreciado direito ao esquecimento, aspecto da dignidade da pessoa humana e que "possui regulamentação na esfera penal e que é comumente invocado por aqueles que, em nome da própria ressocialização, não querem ver seus antecedentes trazidos à tona após determinado lapso de tempo[581]". Sustentavam ainda que o direito ao esquecimento, aqui, analisado pela perspectiva da vítima, é indissociável da garantia da dignidade da pessoa humana e que destacaram que a liberdade de expressão e imprensa não tem caráter absoluto, "não podendo se sobrepor às garantias individuais, notadamente a inviolabilidade da personalidade, da honra, da dignidade, da vida privada e da intimidade da pessoa humana[582]".

---

[578]SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach**..., op. cit.,
[579]Ibid.
[580]STF, ARE 833.248/RJ, julgado em 11/12/2014, relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658>. Acesso em: 18 nov. 2019.
[581]Ibid.
[582]Ibid.

O reconhecimento da repercussão geral do tema [583] vem nas palavras do relator, Ministro Dias Toffoli, acompanhado por seus pares, vencido o Ministro Marco Aurélio, que asseverou:

> Entendo que as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida densidade constitucional, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada. Assim, a definição por este Supremo Tribunal das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social. Manifesto-me, portanto, pela existência de repercussão geral da matéria constitucional versada no apelo extremo[584].

Uma audiência pública sobre direito ao esquecimento na esfera cível foi realizada em 12/06/2017, porém, o caso ainda pende de apreciação. Entretanto, o reconhecimento da repercussão geral pelo STF demonstra a importância do tema, que deve ser enfrentado logo.

No Brasil, pode-se ainda destacar o caso "Chacina da Candelária", onde um dos réus, já absolvido, foi mencionado em programa de televisão como um dos envolvidos no crime. O Superior Tribunal de Justiça condenou a Rede Globo de Televisão ao pagamento de indenização por danos morais por ofensa à honra do autor, em que pese ter sido divulgada no televisivo a informação de que este já havia sido absolvido. *In casu*, observou o Ministro Luis Felipe Salomão que:

> Gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos ocorridos há longa data, com ostensiva identificação de pessoa que tenha sido investigada, denunciada e, posteriormente, inocentada em processo criminal. O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens [...] O interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas irreversivelmente consumadas. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes - assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação - , por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. Cabe destacar que, embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informação, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em direito absoluto e ilimitado. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da

[583]Tema 786 – Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela vítima e ou pelos seus familiares. Leading case – RE 1.010.606 – Relator Ministro Dias Toffoli.
[584]Ibid.

> sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - conexão do presente com o passado - e a esperança - vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana[585].

Percebe-se que a tônica do julgado é a contemporaneidade de forma que a passagem temporal torna ilícita a divulgação de fato lícito, tendo em vista que "os fatos de relevância penal perderiam o interesse para a sociedade[586]". Assim, o interesse público na persecução criminal perde relevância com o passar do tempo, sendo que, arquivada a investigação preliminar, absolvido o réu, ou mesmo condenado (cumprida ou não), passa a imperar o direito ao esquecimento, que deve resultar em plenitude de ressocialização.

No que se relaciona ao direito ao esquecimento em matéria penal/processual penal, deve-se destacar acórdão proferido em *Habeas Corpus* (HC nº 402.752/2017 – MS), de relatoria do Ministro Rogério Schietti, que incorporou à seara criminal, em tempo, matéria eminentemente cível. O Ministro Relator entendeu, em síntese, que a essência da teoria do esquecimento pode ser também aplicada à esfera penal, e assim, reduziu a pena imposta a um réu ao afastar a avaliação de maus antecedentes que decorreu de sua condenação por posse de drogas, transitada em julgado em 1991.

Os impetrantes sustentaram o constrangimento ilegal alegando "que o registro condenatório do réu teve a pena extinta há mais de 5 anos, motivo pelo qual não pode ser sopesado a título de maus antecedentes, porquanto já atingido pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal[587]", requerendo a concessão da ordem "para que sejam afastados os maus antecedentes e, por conseguinte, seja reduzida a pena-base e aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas[588]". Quanto ao pleito, Schietti, utilizando-se de farta jurisprudência cível que tem por base o Enunciado 531 elaborado durante a VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, observou que

> [...] os julgados tratam da extensão do dano pela violação do direito à privacidade e do direito de ser deixado em paz (direito ao esquecimento), na esfera civil.

---

[585]STJ, REsp 1.334.097/RJ julgado em 28/05/2013 - 4ª Turma - Relator Ministro Luís Felipe Salomão.
[586]SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach**..., op. cit., Nesse sentido, observa Luís Felipe Salomão: "A contemporaneidade da informação reflete diretamente no direito ao esquecimento". (SALOMÃO, Luís Felipe. Memória, esquecimento e conteúdo na internet. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 112, p. 16, 2017).
[587]STJ – HC nº 402.752/2017 – MS – 6ª Turma - Relator Ministro Rogério Schietti. Julgado em 11/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=83299666&num_registro=201701354320&data=20180515&formato=PDF>. Acesso em: 22 nov. 2019.
[588]Ibid.

> Entretanto, entendo que a essência dessa doutrina – com adaptações e temperamentos, por óbvio – pode ser invocada no caso, pois, no que diz respeito ao direito de ser esquecido, de que é titular aquele sobre quem recai o peso de uma condenação penal, o substancioso voto lançado no referido REsp n. 1.334.097/RJ não poderia ser mais esclarecedor[589].

Dessa forma, e efetuadas as devidas adaptações do direito ao esquecimento à esfera criminal, Schietti trouxe à colação a seguinte digressão:

> [...] considero que eternizar a valoração negativa dos antecedentes para afastar a minorante em questão, sem nenhuma ponderação sobre as circunstâncias do caso concreto, não se coaduna com o Direito Penal do fato [...] Com efeito, não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, sob pena de violação da regra geral que permeia o sistema. Afinal, a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento – o lapso temporal – deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes[590].

Do voto, extrai-se que a valoração dos antecedentes não pode ser eternizada, devendo estes, pelo lapso de tempo e consequente ausência de contemporaneidade, serem relativizados, e, portanto, esquecidos, fixando o direito ao esquecimento no que toca o matéria penal/processual penal. Nesse mister, posiciona-se Mendes ao afirmar que:

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária[591].

Para além da reabilitação social do indivíduo, o direito ao esquecimento atrela-se à "questão subjetiva do ser humano em não ser relembrado de fatos que almeja esquecer por meio da republicação de informação legítima e verídica que se distanciou do debate público pelo transcurso de tempo[592].

---

[589]STJ – HC nº 402.752/2017 – MS – 6ª Turma - Relator Ministro Rogério Schietti. Julgado em 11/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=83299666&num_registro=201701354320&data=20180515&formato=PDF>. Acesso em: 22 nov. 2019.
[590]Ibid.
[591]MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.
[592]RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito**..., op. cit., p. 106.

4.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO E A PERENIDADE DO ARMAZENAMENTO DE INFORMAÇÕES EM TEMPOS DE INTERNET

Com o advento da internet, o direito ao esquecimento toma contornos críticos. A capacidade de colheita, armazenamento e divulgação de dados pessoais na rede digital traz caráter de perenidade às informações pessoais, verídicas e inverídicas, ambas de potencial efeito constrangedor[593]. Para o agravamento do quadro, a rápida mutação do ambiente digital dificulta que eventual legislação protetiva abarque "as inúmeras e impensáveis relações que possam surgir deste ambiente[594]".

Para que se possa enfrentar o tema, imperioso discorrer, mesmo que de forma sintética sobre caso paradigmático que envolve o direito ao esquecimento na era da internet. Com fundamento na Diretiva 95/46/CE[595], incorporada pelo Parlamento Europeu em 24/10/1995, que normatiza a proteção de dados pessoais dos indivíduos e do direito aplicável à utilização e à circulação de tais dados, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE – julgou o processo C-131/12, em 13/05/2014, que ficou conhecido como caso *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Dados (AEPD) e Mário Costeja Gonzalez.*

Em suma, Mário Costeja Gonzalez teve terreno de sua propriedade leiloado de forma compulsória por dívidas com a seguridade social espanhola. Quando o nome "Mário Costeja Gonzalez" era inserido no motor de busca *Google,* os primeiros resultados remetiam a busca aos arquivos eletrônicos do jornal espanhol *La Vanguardia*, onde havia referência ao leilão e às dívidas do terreno pertencente a ele[596]. Inconformado, após tentar, em vão, que o jornal excluísse seu nome de seus arquivos eletrônicos, Gonzáles recorreu à *AEPD* que decidiu que as referências a seus dados pessoais deveriam ser excluídas do motor de busca. O *Google,* então, acionou a *AEPD* e González nos tribunais espanhóis, que submeteram o caso ao TJUE, após o trâmite regular nestas cortes, tendo em vista que o tema relacionava-se com a Diretiva 95/46/CE[597].

No desenrolar do caso, o TJUE definiu 4 pontos principais; afirmou, primeiramente, que os motores de busca da internet são vinculados à Diretiva 95/46/CE, e, portanto, à

---

[593]RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito**..., op. cit., p. 106.
[594]SILVA, Bruno Roque Vanderley da et al. **Direito.**..., op. cit., p. 158.
[595]Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 12 nov. 2019.
[596]SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach**..., op. cit.,
[597]Ibid.

legislação comunitária europeia de proteção de dados[598]. Decidiu ainda que a norma vigente na União Europeia deveria ser aplicada a motores de busca existentes fora de seu território, "desde que desenvolvessem atividade correlata no espaço geográfico comunitário[599]", tendo em vista que o *Google* tem sede nos EUA. Como terceiro ponto, asseverou que é direito dos interessados a supressão de resultados em motores de busca, mesmo quando as informações têm origem lícita[600]. Por fim, o TJUE decidiu que os direitos fundamentais do indivíduo prevalecem, em regra, não somente sobre o interesse econômico do operador do mecanismo de busca, como também sobre o interesse público em ter acesso à informação em pesquisa sobre o nome do sujeito[601].

---

[598]ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Democracia e transconstitucionalismo: "direito ao esquecimento", extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 25, p. 756, set./dez. 2016.

[599]ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Democracia...**, op. cit., p. 756.

[600]Ibid., p. 756.

[601]Ibid., p. 756. Vale, aqui, a transcrição da decisão do TJUE: "Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara: 1) O artigo 2.o, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na acepção do artigo 2.o, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na acepção do referido artigo 2.o, alínea d). 2) O artigo 4.o, nº 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na acepção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro. 3) Os artigos 12.°, alínea b), e 14.°, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web , isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita. 4) Os artigos 12.°, alínea b), e 14.°, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.° e 8.° da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão". Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131. Acesso em: 12 nov. 2019.

4.4 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AO INVESTIGADO

Em termos Constitucionais, no Brasil, a relação do direito ao esquecimento dá-se de forma direta com a dignidade da pessoa humana[602] e a vedação constitucional às penas de caráter perpétuo[603]. Há, ainda, diversos dispositivos infraconstitucionais que tratam do tema. A Lei 7210/84 - Lei de Execuções Penais – assim dispõe em seu art. 202:

> Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Por sua vez, o Código Penal, preconiza em seu art. 93: "A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Ainda, o art. 748 do CPP, pontua que: "A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal".

Ocorre que os dispositivos ora mencionados somente dizem respeito ao condenado. Não há na legislação criminal pátria qualquer menção ao direito ao esquecimento no que toca o investigado. Há, sim, o Marco Civil da Internet (MCI), Lei nº 12.965 de 23/04/2014, que não é suficiente para a proteção particular do investigado, trazendo normas gerais, dependentes, em muitos artigos, de *lege ferenda*.

O MCI, fundamentado pela liberdade de expressão (art. 2º), busca proteger a privacidade do usuário de internet (art. 3º, inc. II), bem como assegurar o "direito à

---

[602]Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 12 nov. 2019. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no que toca o tema: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento, ou seja, o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores à honra. (Vide Enunciado n. 531 da IV Jornada de Direito Civil do CJF)". Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em 21/11/2019. Sobre o tema, cf. REsp 1660168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018. AgInt no REsp 1599054/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 11/05/2017. AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016. REsp 1369571/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/10/2016. REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013.

[603]CF/88 – Art. 5º, inc. XLVII, alínea "b".

inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 7º, inc. I).

Ainda, o art. 19 do MCI narra que o provedor de aplicação da internet somente será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo postado por terceiros, se, e somente se, "após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário", tudo isso para que se assegure a liberdade de expressão e a não censura.

Em linhas gerais, a tutela trazida pelo MCI é genérica, não protegendo de forma absoluta o investigado no que toca o armazenamento, colheita e disseminação de fatos que, quando rememorados, podem trazer prejuízos ao seu convívio social.

Como aduzido por Trigueiro, imagem e intimidade /identidade são direitos com âmbitos de proteção diferentes[604]; porém, podem ser violados concomitantemente como, por exemplo, quando o fato rememorado é divulgado (ou armazenado/colhido) com a imagem do investigado a este atrelada[605]. Ocorre que, a imagem, conceito de definição complexa, não resume-se somente a uma fotografia estampada nos meios de comunicação e relembrada perenemente pelas fontes digitais – aqui, tratada como imagem-retrato, conjunto de característicos físicos do indivíduo; há de se levar em consideração, principalmente no caso, a imagem-atributo – imagem social do investigado, como atributo do indivíduo em seu grupo social. Assim, a mera lembrança do nome do investigado, sem imagem física atrelada, já é suficiente para que este tenha o direito de ser esquecido, aqui, em tutela à sua identidade pessoal.

Como já pontuado, o fato pretérito rememorado, especificamente a investigação preliminar, está contido na esfera de intimidade da vida privada do, então, investigado, de forma que tal conteúdo deve ser esquecido[606]. Por outro lado, nome, pseudônimo e imagem são elementos caracterizadores da identidade pessoal do investigado, e a conexão destes elementos com investigação preliminar passada já é suficiente para conferir-lhe o direito ao esquecimento. Em leitura mais ampla do direito ao esquecimento, pelas lentes da identidade pessoal, a própria lembrança de que um dia o sujeito possuiu o *status* de investigado também legitima o direito ao esquecimento, pois tal realidade não mais o identifica em seu seio social.

---

[604]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito**..., op. cit., p. 94.
[605]A imagem, aqui, é tratada como identidade pessoal, modo de exercício do direito ao esquecimento.
[606]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito**..., op. cit., p. 93.

A lembrança constante de que um dia foi investigado, impede o sujeito de exercer suas atividades sociais de forma plena, pois tornou-se estigmatizado por fato degradante pretérito.

Tratando do detento, e não do investigado, é a justificativa para Enunciado 531 elaborado durante a VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados[607].

Aqui, pode-se afirmar que o investigado também necessita de ressocialização; talvez não no sentido amplo do termo, utilizado principalmente para indivíduos egressos do sistema prisional, que já cumpriram pena. O escrutínio e a exploração indevida da imagem do investigado, causam os mais diversos prejuízos, já explorados neste trabalho, e por conta disso a rotulação do indivíduo dificulta o seu retorno ao meio social. Nessa linha, a recolocação profissional, por exemplo, é problema deve ser abordado; indivíduo investigado por crimes contra o sistema financeiro, e exposto pelos órgãos de imprensa de forma abusiva, mesmo em caso de arquivamento da investigação preliminar ou rejeição da denúncia, encontrará barreiras na aquisição de novo emprego nos mercados de moeda.

Vale destacar decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu que o direito ao esquecimento do investigado deve permanecer sobre o interesse público. Assim foi ementado o acórdão:

> Direito civil-constitucional. liberdade de imprensa e de informação versus direitos da personalidade. matéria publicada em site jornalístico. internet. notícia de prisão em flagrante de suspeito de crime. posterior arquivamento do inquérito policial respectivo. Direito ao esquecimento do investigado. inexistência de interesse público na permanência da notícia. necessidade de estabilização dos fatos passados. prevalência, no caso, da proteção da dignidade da pessoa humana. Colisão de direitos fundamentais. Solução mediante juízo de ponderação. Pedido julgado procedente, para determinar que a ré providencie a exclusão da notícia impugnada de sua página na internet. Sentença reformada. Recurso provido[608].

---

[607]Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 12 nov. 2019.

[608]TJ/SP – Apelação nº 0007766-17.2011.8.26.0650/Valinhos – 6ª Câmara de Direito Privado - Relator Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles. Julgada em 13/05/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0007766-17.2011&foroNumeroUnificado=0650&dePesquisaNuUnificado=0007766-17.2011.8.26.0650&dePesquisa=&uuidCaptcha=#?cdDocumento=18>. Acesso em: 14 nov. 2019.

No caso em comento, foi deflagrada uma investigação policial que desencadeou na prisão em flagrante delito do autor da ação em tela, pelo suposto cometimento do crime de corrupção. O jornal "Folha da Manhã" divulgou a notícia do flagrante e a consequente conversão deste em prisão cautelar. Ocorre que o feito foi arquivado e o autor da ação em tela, constrangido pela exposição perene de situação pretérita, pediu ao noticioso que excluísse a notícia de seu sítio eletrônico, o que foi negado e gerou a demanda.

Em seu voto, o Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, da 6ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP observou que:

> Inicialmente, vale destacar que não há dúvida de que a reportagem atendeu aos limites constitucionais da liberdade de informação. O autor apelante realmente foi preso e investigado pelos fatos descritos na reportagem veiculada no site mantido pela ré apelada. Observa-se que os fatos foram narrados de forma objetiva, sem viés de pré-julgamento a respeito da culpabilidade do investigado. Assim, não há se falar em ilicitude da notícia apta a ensejar reparação por dano moral[609].

Ocorre que pela leitura do caso através das lentes do direito ao esquecimento, a situação torna-se diferente. Questiona, então, o Desembargador sentenciante: "existe ou não o direito de permanência da notícia de forma absoluta, por tempo indeterminado, em se tratando de matéria relacionada a crimes passados, cuja investigação resultou em arquivamento da investigação ou improcedência da ação penal?[610]". Continua o Desembargador asseverando que, *in casu,* "cuida-se do direito do indivíduo de não permitir que um fato (verídico) – causador de constrangimento ou transtorno – ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público de forma permanente[611]". Assim, tais fatos somente devem "ser conservados na medida em que permita a identificação do sujeito relacionado e pelo tempo necessário para o atendimento ao fim que se destina[612]".

Com fundamento, então, na dignidade da pessoa humana, plasmada no texto constitucional de 1988, bem como sua inserção no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, e asseverando que "a colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade de informação e de imprensa resolve-se não em juízo de exclusão, mas de ponderação[613]", foi dado provimento ao recurso de apelação para que fosse excluída a notícia que relacionava o autor da ação a fato pretérito vexatório, principalmente após o arquivamento das investigações.

---

[609]Ibid.
[610]Ibid.
[611]Ibid.
[612]Ibid.
[613]Ibid.

Outrossim, o direito ao esquecimento tem viés dúplice; a preservação da intimidade da vida privada do investigado e de sua identidade pessoal. Este último viés, como já abordado, é definido pela presença de elementos caracterizadores do investigado (nome, pseudônimo, imagem), "centrados na proteção de aspectos físicos e exteriores da pessoa"[614] e de realidades identificadoras mutáveis deste indivíduo, tais como orientação sexual, fé professada, ideologia política, bem como a própria situação anterior de investigado.

Pode-se então afirmar que "toda pessoa tem direito de mudar de religião, voltar atrás quanto à adoção de uma ideologia e exigir que não se projete uma imagem desatualizada ou distorcida da verdade acerca desses elementos que o identificam[615]".

Essa projeção desatualizada dos elementos identificadores relacionados com a identidade pessoal, em visão amplificada, pode e deve ser aplicada ao *status* de investigado. Quando a investigação preliminar é arquivada, por exemplo, o indivíduo tem o direito ao esquecimento, para que não mais seja identificado como "investigado", devendo gozar de seu *status* atual, projetado no seio social.

Sendo assim, o investigado tem o direito de ter sua imagem "esquecida", bem como o seu nome e pseudônimo, quando estes elementos forem disseminados apresentando conexão com fato passado vexatório que dificulte ou impossibilite a sua reinserção no seio social. Por outro giro, o indivíduo também tem direito ao esquecimento quando seu *status* de investigado é alterado (como já pontuado, quando do arquivamento da investigação preliminar), e essa situação passada vem à tona em noticiosos de televisão, mídia impressa ou digital.

Com a mídia digital a situação torna-se mais gravosa, ao passo que o armazenamento de dados do investigado é perene. O apagamento desses dados depende de legislação específica que ainda não atingiu patamar de tutela completa em eventos como esse. Ainda, a legislação penal e processual penal disponível trata única e exclusivamente do condenado, não estendendo sua proteção ao investigado.

Ocorre que o investigado também deve ser contemplado pelo direito ao esquecimento, incluindo os registros em sua folha de antecedentes, que se muito antigos, devem ser afastados em análise desfavorável[616]. Isso decorre da própria natureza do direto em tela,

---

[614]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito**..., op. cit., p. 93.
[615]TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. **Direito**..., op. cit., p. 93.
[616]Afora o citado acórdão paradigma em matéria penal/processual penal, em relação à folha de antecedentes, há outros posicionamento do STJ: "Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento". – Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 21 nov. 2019. Sobre o tema cf. AgRg no HC 503912/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019. AgRg no AREsp 1463495/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019. AgRg no HC 493749/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO,

originário na dignidade da pessoa humana e na vedação a penas de caráter perpétuo e deve se estender a todos os envolvidos na persecução penal.

O direito ao esquecimento aponta como solução teórica eficaz aos malefícios causados pela violação ao direito à imagem do investigado. Porém, na prática, somente será efetivo quando houver legislação específica que ao investigado tutele, de forma que possa normatizar, pormenorizadamente, mecanismos que viabilizem o apagamento, e consequente esquecimento, de fatos pretéritos que possam dificultar ou inviabilizar o retorno do outrora investigado ao natural convívio social, mormente em ambientes digitais encampados por motores de busca.

A intepretação análoga dos mencionados artigos de Lei, tanto da LEP, quanto do CP e CPP, estendendo suas disposições ao investigado, que poderia ser uma solução plausível para o problema, não basta.

No que toca a internet, o caminho processual para o pretendido apagamento de dados nos buscadores *online* é longo e depende da legislação atual, que padece de dispositivos específicos que possam franquear o direito ao esquecimento para o, uma vez, investigado. Dessa forma, imperiosa a edição de legislação própria que discipline o direito do investigado de ter fatos passados constrangedores esquecidos, figurando, então, o direito ao esquecimento como solução definitiva, dogmática e prática, para as violações sofridas pelo investigado em seu direito à imagem.

SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 12/08/2019. RHC 89948/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019. AgRg no REsp 1751708/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 22/02/2019. HC 391015/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017.

5 O DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

5.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

Em 22 de abril de 2009 foi entregue ao então presidente do Senado Federal, José Sarney, o anteprojeto da reforma do Código de Processo Penal, transformado no Projeto de Lei do Senado (PLS) de nº 156/2009[617]. O projeto surgiu de uma Comissão Redatora instalada em 9 de julho de 2008 formada por juristas de renome tais como Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli (relator), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, entre outros.

Após a confecção do Parecer de nº 1.636, o PLS 156/09 deixou o Senado Federal em 07/12/2010 e rumou à Câmara dos Deputados[618] onde, é, atualmente o Projeto de Lei 8045/2010, que visa, principalmente, harmonizar e modernizar a legislação processual penal, tornando-a mais adequada à Carta Magna de 1988, bem como a diplomas convencionais[619].

Dentre a enorme gama de mudanças propostas, pretende-se, para fins desta dissertação, abarcar aquelas que terão reflexo direito no direito à imagem do investigado.

5.2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PL 8045/2010 E SEUS REFLEXOS NO DIREITO À IMAGEM DO INVESTIGADO

5.2.1 Notas introdutórias

Primeiramente deve-se destacar que a investigação preliminar é alvo de importantíssimas mudanças no PL 8045/2010. Percebe-se, já nos primeiros artigos que tocam o investigado, que o PL o vislumbra como sujeito de direitos e não mais como simples objeto da investigação preliminar. E é na toada de preservação de garantias do investigado que o art. 8º do referido projeto condiciona o início da investigação preliminar "à existência de

---

[617]CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo código de processo penal. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 190, jul./set. 2009.

[618]Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601_ReformaCPPIBCCRIM.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

[619]Gomes observa que o novo CPP traz a "[...] oportunidade de sepultar definitivamente Manzini e de dar à luz um processo penal de inspiração democrática, em que as garantias fundamentais prevaleçam sobre formalidades procedimentais, em que os princípios tenham mais importância do que as regras – e assim sejam aplicados – em que o homem, a despeito de sua condição jurídica de réu, seja tratado verdadeiramente como *fim*, e não mais como *meio"*. (GOMES, Marcus Alan de Melo. O projeto de lei do código de processo penal: a escolha de um novo horizonte? **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 17, n. 209, p. 4-5, abr. 2010.

fundamento razoável a respeito da prática de infração penal e refere que seu objetivo é identificar as fontes de prova[620]", com o seguinte texto: "A investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal[621]".

Da leitura do art. 8º do PL pode-se concluir que a investigação preliminar torna-se efetivamente o ponto de partida para a concreção de direitos e garantias individuais do cidadão. Assim, não somente o ônus da investigação recai sobre o indivíduo; consequentemente, a partir desse momento, toda a gama de direitos e garantias, constitucionais e convencionais, torna-se imediatamente disponível ao sujeito investigado.

O texto do art. 8º do PL tem importância extrema pois, além de definir o marco inicial da investigação preliminar, com as condições necessárias para tanto, tem o condão de inserir o indivíduo no círculo de proteção constitucional e convencional decorrente do ônus que agora lhe é imposto, evitando assim os arbítrios estatais.

5.2.2 A situação jurídica de "investigado" e a proteção à sua imagem no PL 8045/2010

Primeiramente, importantíssimo declinar o texto o art. 9º do PL, que passa a definir a situação jurídica de "investigado":

> Para todos os efeitos legais, caracteriza-se a condição jurídica de "investigado" a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação[622].

A mudança proposta coaduna-se com o conceito de "imputado" defendido nesta dissertação e que dá origem à situação jurídica de "investigado". Como já estudado, imputação significa atribuir responsabilidade a alguém pela prática de determinado ato[623]. Assim, é juízo de atribuição que vincula alguém à prática de um ilícito penal[624]. Vale observar, mais uma vez, a lição de Zanoide de Moraes, que ensina que a imputação se dá "a

---

[620]SILVA, Gilvan Naibert e. A fase de investigação na perspectiva do projeto do novo código de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106.
[621]Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>. Acesso em: 19 nov. 2019.
[622]Ibid..
[623]FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação**..., op. cit., p.100.
[624]Ibid., p.102.

partir da existência de qualquer ato (investigativo ou judicial) do qual se depreenda um juízo de atribuição de um crime a uma pessoa determinada[625].” Dessa forma, o art. 9º proposto pelo PL 8045/2010 normatiza a definição de “investigado”, abrindo caminho para a estruturação do exercício de seus direitos e garantias individuais no Projeto de Lei em comento. O fato de ter sua situação jurídica definida, já aponta o investigado, e aqui de forma explícita e desde o começo do persecutório, como detentor de garantias e sujeito de direitos, situação essa que deve perdurar no curso de toda a persecução criminal.

No que tange especificamente o direito à imagem do investigado, o PL 8045/2010 traz disposição que ainda carece de melhora, mas que já é um avanço em relação à lacuna apresentada pelo Código de Processo Penal vigente, no que se relaciona ao tema. Assim é a redação do art. 10 do PL em comento:

> Toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e à preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e de outras pessoas indiretamente envolvidas. Parágrafo único. A autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no caput deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação[626].

Muito bem-vinda a inserção do artigo em testilha no PL 8045/2010, tendo em vista que tutela a imagem do investigado de forma abrangente e direta, em todas as suas acepções e em consonância com o disposto na CF/88 e nos diplomas convencionais.

Nessa trilha o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – sugeriu substituir o parágrafo único do artigo em tela por um §1º[627], que responsabilizaria a autoridade policial (ou judicial, de acordo com a interpretação, tendo em vista que o art. 10 do PL não especifica qual autoridade), por violações ao disposto em seu *caput*, que assim disporia: “A autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no caput deste artigo não sejam submetidas, e nem tenham quaisquer de seus dados pessoais submetidos à exposição dos meios de comunicação e responderá pessoalmente nas situações em que tal situação ocorrer[628].” A justificativa para tal acréscimo parte da premissa de que

---

[625]MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção**..., op. cit., p. 492

[626]Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>. Acesso em: 19 nov. 2019.

[627]Tendo em vista que há, também, a proposta do acréscimo de um §2º, com o seguinte texto: “Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior” (art. 20, parágrafo único do CPP vigente).

[628]Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/20170601_ReformaCPPIBCCRIM.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

> A proposta [...] busca preservar a imagem dos envolvidos na persecução penal, seja de forma ostensiva com filmagens e fotos, seja de forma indireta com a exposição não de rostos e situações pessoais, mas da devassa e exposição ao público em geral de seus dados, como qualificativos completos, filiação, endereço, telefone etc., atribuindo ao representante do poder público a responsabilidade pessoal pela garantia da incolumidade dos direitos de imagem e privacidade de qualquer pessoa envolvida na persecução penal[629].

O acréscimo sugerido pelo IBCCRIM é louvável e responsabiliza o agente público pela violação da imagem do investigado; porém, atualmente, o proposto art. 10º do PL, com o sugerido incremento do IBCCRIM, deve ser lido conjuntamente como a Lei 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, principalmente com os arts. 6º, 7º e 13, incs. I e II, já mencionados neste trabalho[630]. Somente assim pode-se garantir, ao menos dogmaticamente, que a imagem do investigado estará preservada, em harmonia com o que dispõe a Carta Política de 1988 e textos convencionais, inibindo práticas vexatórias e execratórias durante a investigação preliminar, já avaliadas e estudadas ao longo desta dissertação.

Não se pretende, com o aludido artigo, cercear a liberdade de imprensa através de qualquer espécie de censura ou algo semelhante. Como pontua Silva, "[..] não reside, aqui, qualquer tipo de cerceamento à liberdade de imprensa, uma das colunas de sustentação a democracia. Trata-se, apenas, da legítima ponderação de valores entre, tal liberdade, e a esfera de direitos das vítimas, das testemunhas, e do próprio investigado[631]".

Deve-se destacar que, no PL 8045/2010, o indiciamento ganha conceituação e delimitação, dispondo em seu art. 30 que:

> Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de 'indiciado', respeitadas todas as garantias constitucionais e legais. § 1º A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em

---

[629]Disponível em: < em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D1F16FD476D92FF005C33BEFED56108.proposicoesWebExterno2?codteor=1561045&filename=Avulso+-PL+7514/2017>. Acesso em 25 nov. 2019.

[630]V. supra subitem 4.4, p. 108. - "Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis. Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração. Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal. Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: 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. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência."

[631]SILVA, Gilvan Naibert e. **A fase**..., op. cit., p. 110.

> flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia. § 2º O delegado de polícia deverá colher informações sobre os antecedentes, a conduta social e a condição econômica do indiciado, assim como acerca das consequências do crime. § 3º O indiciado será advertido sobre a necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras, e sobre o dever de comunicar a eventual mudança do local onde possa ser encontrado. (inexistente) § 4º Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, o delegado de polícia não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes ou seu indiciamento, salvo no caso de existir condenação anterior[632].

Nessa esteira, é positiva a inserção da conceituação do ato "indiciamento" no PL 8045/2010. A delimitação do surgimento da situação jurídica de "indiciado", contribui para que a autoridade policial observe, com atenção, a aplicação de todos os direitos e garantias que concernem o indivíduo nessa fase da persecução penal.

Vale destacar a inserção do §4º do art. 30 do PL 8045/2010, que determina que a autoridade policial somente poderá atestar antecedentes criminais do investigado caso haja condenação anterior transitada em julgado. Tal disposição coaduna-se com o princípio da presunção de inocência em sua vertente "norma de tratamento", e, consequentemente, com a preservação da imagem do investigado, levando à investigação preliminar somente elementos essenciais e necessários para a formação da *opinio delicti* por parte do membro do Ministério Público.

Ainda, é de se pontuar que as folhas de antecedentes, geralmente, "vazam" aos órgãos de imprensa. Dessa forma, a supressão de anotações pretéritas é fundamental para a preservação da imagem do investigado, e, consequentemente da sua inocência, constitucionalmente presumida.

Bastante conveniente a alteração proposta pelo PL 8045/2010 no que diz respeito à identificação criminal. Agora, com a nova redação ofertada, a autoridade policial deverá fundamentar a necessidade da identificação criminal (art. 42, §1º), em clara adequação à Carta Política de 1988. Ainda, o juiz das garantias deverá autorizar a identificação fora de qualquer hipótese legal prevista, desde que essencial às investigações, e mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa (art. 42, §1º).

Entretanto, a alteração mais significativa nesse mister é a presente no §5º, art. 42 que preconiza: "Havendo necessidade de identificação criminal, a autoridade tomará as providências necessárias para evitar constrangimentos ao identificado, observado o disposto

---

[632]Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-8045-10-codigo-de-processo-penal/documentos/outros-documentos/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-2/atual-cpp-dl-3689-41-x-pl-8045-10-1>. Acesso em: 26 nov. 2019.

no art. 10". A diferença para a regulamentação anterior (Lei 12.037/2009) é exatamente a necessidade da observância do art. 10 do PL 8045/2010, mormente seu §1º, já tratado neste trabalho. A identificação criminal deverá ser confeccionada de forma que o investigado não seja submetido, nem tenha quaisquer de seus dados pessoais submetidos, à exposição dos meios de comunicação, preservando seu direito à imagem, agora de forma expressa.

Por fim, compete assinalar que, em que pese ser salutar a conceituação de "indiciamento", defendemos que o art. 30 deve ser suprimido do PL 8045/2010. Não cabe à autoridade policial qualquer juízo de valor, sendo somente ao Ministério Público possível tal atribuição. Isso se dá pois é o *Parquet* o titular da ação penal e à luz do sistema acusatório, ao MP cabe a valoração de elementos autorizadores passíveis de carrear ação penal, formando assim a sua *opinio delicti*.

Não há qualquer sentido em atribuir à autoridade policial tal valoração, devendo a Polícia Judiciária restringir-se ao seu papel de investigação do suposto fato criminoso. Tanto o é, que o juízo de valor que resulta no ato "indiciamento" não vincula o Ministério Público, que pode promover o arquivamento da investigação preliminar de investigado indiciado, bem como denunciar investigado não indiciado.

Fato é que, a partir do momento da instauração da investigação preliminar, todos os seus participantes (testemunhas, vítimas, investigados) devem contar com todo o rol de direitos e garantias disponíveis, tutelados pelo juiz das garantias. Nessa trilha, vale rememorar que aquele sobre o qual recai qualquer tipo de ônus processual penal, deve ser considerado como investigado, independentemente de ter sido indiciado ou não.

5.3 O JUIZ DE GARANTIAS NO PL 8045/2010 E NA LEI 13.964/19 E A PROTEÇÃO DA IMAGEM DO INVESTIGADO

Inovação de grande significância no PL 8045/2010, e bastante esperada pela comunidade jurídica, é a presença do juiz de garantias. A exposição de motivos do originário PLS 156/09 define o juiz de garantias como

> [...] o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais[633].

[633]Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=90645>. Acesso em: 20 nov. 2019. As atribuições do juiz das garantias estão dispostas, de forma exemplificativa, nos incisos, alínea e

Assim, o juiz das garantias firma o modelo processual baseado no sistema acusatório[634] – tônica do PL 8045/2010[635] – e traz para o processo penal a proteção da intimidade, privacidade e honra do investigado.

No ensinamento de Zanoide de Moraes, o juiz das garantias, então, é "um Magistrado cujo âmbito de atuação é assegurar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão na fase de investigação criminal[636]", bem como adotar medidas cautelares abrigadas pela cláusula de reserva judicial, tais como busca e apreensão, interceptação telefônica, prisões, etc.[637].

---

parágrafo único do art. 14, devendo-se destacar: cuidar da regularidade e manutenção da prisão em flagrante; determinar, manter e revogar medidas cautelares pessoais e reais; analisar pedidos de "quebra de sigilos", p.ex., de comunicação telefônica, de dados financeiros ou fiscais; decidir sobre a produção antecipada de provas consideradas urgentes e irrepetíveis; ser informado da abertura de inquérito policial e determinar seu trancamento quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou seu prosseguimento; analisar pedidos de busca e apreensão, assim como outros meios de obtenção de prova; julgar *habeas corpus* impetrados nessa fase investigativa; determinar exame de insanidade mental; a duração e possíveis extensões da investigação quando a pessoa estiver presa e, por fim, o arquivamento do inquérito policial.

[634]Zilli, nesse mister, observa que: "A conhecida dicotomia acusatório/inquisitório é exemplo típico de sistematização que se diluiu em razão de várias imprecisões e reducionismos que se empregam. A referência à matriz acusatória é hoje tomada por valorações positivas que lhe emprestam um ar de certificação de qualidade. É, portanto, signo da persecução penal civilizada, orientada pelo valor fonte da dignidade humana. É a que encarna o respeito a cláusula do devido processo e todo o feixe de garantias por ela encoberto. Nessa perspectiva, o processo penal acusatório representa uma meta a atingir de modo que a defesa de seus postulados ganha contornos de slogan político. A ele se contrapõe o processo penal inquisitório Um modelo indesejado – e indesejável -, incapaz de assegurar o respeito às garantias básicas do justo processo como a presunção de inocência, a paridade de armas, a publicidade e a ampla defesa"(ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo. Um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do novo Código de Processo Penal). In: SIDI, Ricardo (Org.); LOPES, Anderson Bezerra (Org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal.** Belo Horizonte: D'plácido, 2017, p. 388).

[635]Sobre o tema, ensina Zilli: "A filiação do sistema brasileiro à cartilha acusatória e o equacionameto dos papéis dados aos atores processuais foram solucionados a contento pelo Projeto do novo CPP que se encontra tramitando no Congresso Nacional. Com efeito, pela proposta, a estrutura acusatória, além de ser reafirmada, galga o terreno dos princípios fundamentais. Trata-se de importante sinal que conduz a várias consequências, dentre as quais a expressa inadmissibilidade de atuações investigatórias do juiz. A coerência no tratamento da questão, note-se, levou à supressão da previsão de decretações, de ofício, de interceptações das comunicações telefônicas. A proposta é, de fato, salutar em face da natureza eminentemente investigativa da medida. Afinal, o juiz que determina a interceptação, independentemente de provocação, se antecipa aos sujeitos que seriam naturalmente interessados nos resultados de tal meio de busca de prova, assumindo ele próprio o papel do investigador. É justamente isso que o Projeto procura coibir. O fato é que a sua aprovação levaria à derrogação de outros dispositivos que, por preverem a atuação do juiz na formação do material investigatório, se mostram incompatíveis com os princípios desenhados. Mas, é importante destacar que a proibição de envolvimento do juiz na investigação não o impede, por óbvio, de decidir, sempre que provocado, a respeito de medidas cautelares restritivas de direitos e garantias fundamentais. Realmente, o que se coíbe é a atuação investigatória e não o exercício de atividade jurisdicional que lhe cabe em qualquer das fases da persecução. E é especialmente nesse ponto que o Projeto é inovador. Com efeito, a proposta abraça uma nova dimensão da função judicial na fase preliminar, consagrando o que se denominou de "juiz das garantias". Trata-se de uma vigorosa mensagem que reafirma o papel do juiz como guardião da legalidade e dos direitos individuais no curso da investigação, afastando-o, portanto, de uma concepção fortemente inquisitória que o focava como ator interessado no resguardo do sucesso da própria atividade investigatória". (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os atores e seus papéis. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ed. especial, CPP. Ago. 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4174-Os-atores-e-seus-papeis>. Acesso em: 21 nov. 2019.

[636]MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias**"? Boletim do IBCCRIM,** São Paulo, ed. especial, CPP. Ago. 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4176-Quem-tem-medo-do-juiz-das-garantias>. Acesso em: 21 nov. 2019.

Ocorre que, em que pese haver previsão da implantação do juiz das garantias no PL 8045/2010, o legislativo brasileiro, ao trabalhar no denominado "projeto anticrime", incluiu tal instituto em seu texto final. Dessa forma, e adiantando-se ao PL em tela, em 24 de dezembro de 2019, o Presidente da República sancionou a Lei 13.964/2019, com *vacatio legis* de 30 dias, que promove diversas alterações, tanto no Código Penal, quanto no Código de Processo Penal. Dentre as mudanças, como já mencionado, há a inclusão dos arts. 3º-A a 3º-F, que disciplinam o "juiz das garantias".

De acordo com o texto legal, agora, e de forma explícita, o processo penal passa a ter estrutura acusatória "vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (art. 3º-A). O texto do art. 3º-B da Lei 13.964/2019 dispõe que o juiz das garantias será responsável pelo "controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]".

A atividade do juiz de garantias se iniciará com a instauração da investigação criminal e findará com o recebimento da denúncia ou queixa pelo acusador[638]. Dessa forma, a atuação do juiz das garantias dar-se-á na fase de investigação preliminar[639], e nesta fase somente, distanciando-o de questões relativas ao mérito de eventual ação penal (art. 3º-C, *in fine* e 3º-D). Assim, a ação penal deve ser proposta perante outro juiz e então julgada.

Nesse mister, vale observar deve o juiz das garantias "[...] analisar se recebe ou rejeita essa imputação, passando ao juiz da causa a ação penal já instaurada e a relação processual já plenamente formada[640]." Isso se dá pois é imperioso atentar para o fato de que os elementos presentes na investigação preliminar não devem servir para a formação da convicção do juiz da causa

> [...] ressalvados, por óbvio, os elementos de informação irrepetíveis ou urgentes (p.ex., juntada de documentos e realização de algumas perícias), cuja produção foi realizada nessa fase preliminar, e o material utilizado como base decisória do juiz das garantias para determinar medidas cautelares, as quais poderão e deverão ser revistas pelo juiz da causa[641].

---

[637]SILVA, Gilvan Naibert e. **A fase**..., op. cit., p. 140.
[638]MORAES, Maurício Zanoide de. **Quem tem medo**..., op. cit.,
[639]Importante aduzir que o juiz das garantias atuará garantindo os direitos do indivíduo na fase de investigação preliminar, que é gênero, do qual o inquérito policial é apenas espécie, sendo outras a investigação defensiva (art. 13 do PL 8045/2010) e a investigação administrativa (art. 18, §2º do PL 8045/2010).
[640]Ibid.
[641]Ibid.

A presença de dois juízes, um para a fase de investigação preliminar, outro para a fase do julgamento da causa, é absolutamente necessária para que o juiz da causa não atue contaminado por sua atuação prévia na fase investigativa. Zanoide de Moraes explica que, com isso, "se evitam os inegáveis comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o Magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal[642]".

5.3.1 O artigo 3º-F da Lei 13.694/2019 e a proteção específica à imagem do investigado

Sem adentrar em questões que envolvam a problemática na implementação do instituto em tela em território brasileiro, dentre outras, ponto de destaque trazido pela Lei 13.964/2019, no que toca o juiz das garantias, é a proteção específica a imagem do investigado preso, incluída no art. 3º-F e seu parágrafo único. Assim dispõe o texto do artigo retromencionado:

> Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

---

[642]Sobre o tema v. subitem 4.2.2.3, p. 101. Ainda no que tange o tema, Schreiber observa que: "Quando finalmente a investigação é encerrada com seu clímax, que é a chamada operação policial, na qual se expedem comumente mandados de busca e apreensão e de prisão cautelar, o juiz já está absolutamente familiarizado com os fatos. Ele participou ativamente da investigação policial e já formou um juízo sobre o que ocorreu, quem são as pessoas envolvidas etc. Nesse cenário, é evidente que a defesa entra em desvantagem, e sua fala já não merece a mesma atenção e credibilidade daquele juiz. Ademais, se foi ele próprio quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase pré-processual, é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido. Assim, a regra que se pretende introduzir de que o juiz que participou da investigação não seja o mesmo que vai julgar o processo, sem dúvida, é consentânea como o sistema acusatório, eleito pelo constituinte de 1988. O juiz competente para processar e julgar a ação penal, não tendo sido instado a tomar decisões pertinentes à fase investigatória, estará muito mais qualificado para realizar o julgamento justo e parcial. A participação no inquérito contamina o juiz, tornando muito mais árdua a tarefa da defesa de se fazer ouvir no processo. (SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3., ago. 2010). Reforçando a ideia da contaminação do juiz, ensina Lopes Junior: "[...] grave problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posterior decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma 'cumulação de papéis', mas um 'conflito de papéis', não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na 'formação profissional comprometida com a objetividade'.Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na 'neutralidade' e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita 'razão'. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz.** Consultor Jurídico**.** 11/07/2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 21 nov. 2019). Ainda nesse mister, cf. julgados do Tribunal Europeu de Direitos do Homem. (a) *Piersack vs. Bélgica (1982)*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57557%22]}>. Acesso em 21 nov. 2019. (b) *Cubber vs. Bélgica (1984).* Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-12494%20.%22]}>. Acesso em 21 nov. 2019. (c) *Castillo Algar vs. Espanha.* Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58256&filename=001-58256.pdf>. Acesso em 21 nov. 2019.

> Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no caput deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Como guardião de direitos e garantias individuais no curso de investigação preliminar, o juiz das garantias deverá, agora, especificamente, zelar pela correta aplicação de todas as disposições constitucionais, convencionais e infraconstitucionais que se relacionam com a exposição indevida da imagem do investigado preso nos meios de comunicação, bem como responsabilizar órgãos do persecutório por tais violações.

Entretanto, algumas digressões depreendem-se do texto legal colacionado, vejamos.

O artigo de lei em testilha, cuida para que não haja mais a possibilidade de acordo entre imprensa e qualquer órgão público no que diz respeito à exposição – e consequente execração – da imagem de investigado preso. Daqui, percebe-se que não somente os órgãos do persecutório penal estão implicados, mas quaisquer órgãos que integrem o poder público. Ainda, e de forma positiva, ao incluir qualquer autoridade pública e órgãos de imprensa em um mesmo artigo, o legislador cuidou para que da presunção de inocência não somente emanasse efeito irradiante, como também horizontal. O respeito, aplicação e efetivação dos direitos fundamentais deve se dar entre particular e Estado (autoridades públicas e investigado), bem como entre particulares (imprensa e investigado).

Ocorre que o art. 3º-F da Lei 13.964/2019 tutela somente a imagem do investigado preso. Não há, aqui, por exemplo, a proteção à imagem do investigado sobre o qual recai qualquer medida cautelar, que não prisão. Dessa maneira, e de acordo com a lei em tela, a proteção à imagem somente se dá quando atinge-se situação extrema, que é a prisão. Perdeu o legislador importante oportunidade para disciplinar de vez a tutela da imagem do investigado, de forma extensiva, dando efetividade ao direito relacionado ao mencionado bem da vida. Solução que pode ser encontrada é a aplicação do art. 10 do PL 8045/2010[643], que traz proteção mais abrangente, complementado pelo art. 3º-F da Lei 13.964/2019, este, mais específico. Assim, engloba-se na proteção à imagem qualquer investigado, e não somente o preso.

---

[643] Art. 10, PL 8045/2010 - "Toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e à preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas, do investigado e de outras pessoas indiretamente envolvidas. Parágrafo único. A autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no caput deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação".

Outrossim, o texto presente no parágrafo único do art. 3º-F da Lei 13.964/2019 também merece observação e reflexão. É que redação do abordado parágrafo dispõe sobre a regulamentação do modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão transmitidas à imprensa, de forma que se garanta a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Primeiramente, insta aduzir que não se sabe sobre qual espécie de "regulamentação" trata o aludido parágrafo; em nosso sentir, a única regulamentação possível para tão importante tema é a normatização legal. Por meio de lei, e não de resoluções e portarias, deve-se regulamentar a forma como as informações sobre a prisão do investigado serão transmitidas à imprensa.

Ainda, normatizar a harmonia entre a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão, em 180 dias, não nos soa realista. A tarefa requer exercício multidisciplinar, de forma que surja legislação maturada em audiências públicas, comissões especiais, entre outras maneiras de se conceber norma tão cara ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Tarefa, diga-se, inviável no prazo legal de 180 dias.

Por certo que todo juiz, até na sistemática atual, é "das garantias". Porém, além de haver disposição específica no que toca a preservação da imagem do investigado na lei em tela, há, na proposta, um juiz especificamente designado para fiscalizar a aplicação correta do dispositivo que a tutela. Ainda, o juiz da causa, ao receber os autos já conclusos do juiz das garantias, começa a formar uma imagem-atributo do investigado, agora réu, sem máculas pretéritas, o que, influenciará de forma positiva em sua neutralidade, e, consequentemente, no julgamento da causa.

Ante o exposto tem-se que a imagem do investigado encontra proteção específica no art. 3º-F da Lei 13.964/2019 e sua concreção queda-se ainda mais efetiva quando somada ao art. 10 do PL 8045/2010, de *lege ferenda,* e aos incs. I e II do art. 13 da Lei 13.869/2019. Observando este arcabouço legal, o juiz das garantias aufere ao conjunto infraconstitucional legitimidade constitucional e convencional.

CONCLUSÃO

A violação do direito à imagem do investigado tem ampla extensão. Pode se dar nos mais diversos momentos da investigação preliminar, situação na qual o indivíduo encontra-se em particular estado de vulnerabilidade. A investigação preliminar desponta como tempo crítico na vida do investigado, de modo que sua exposição abusiva pode afetar de maneira indelével sua imagem física e social.

O momento no qual emerge tal situação de fragilidade é definido pelo surgimento da imputação. A imputação, *per se*¸ não se constitui em um ato específico, mas através da atribuição de um juízo. Nesse giro, há imputação independentemente de indiciamento, por exemplo, e uma vez externado tal juízo, ocorre atribuição ao indivíduo de carga processual. A partir desse momento o sujeito torna-se investigado, devendo, então, contar com proteção constitucional e convencional, instrumentalizada pelo processo penal, sem exceções. Dessa forma, tutela-se o agora investigado contra os abusos midiáticos e estatais que possam surgir, mormente em relação à exposição indevida de sua imagem, não excluídos outros aspectos de proteção.

Nessa trilha, a proteção da imagem do investigado deve ser reflexo imediato do princípio da presunção de inocência, preservado e efetivado, tanto pelos órgãos da persecução penal, quanto pela mídia. A presunção de inocência, direito fundamental, tem papel direito na proteção da imagem do investigado, tendo em vista que a sua não observação, principalmente como norma de tratamento, resultará em violações das mais diversas. A imagem do investigado, sem a baliza do princípio da presunção de inocência será violada, tanto em seu aspecto “retrato” quanto “atributo”.

O processo de etiquetamento do investigado, sem a guarida da presunção de inocência, durante a investigação preliminar, ganha força, impulsionado pela ação dos órgãos de mídia, que apresentam uma versão da imagem do indivíduo fundada em realidade distorcida. A exposição midiática abusiva, despe o investigado de sua identidade original, substituindo-a por outra, carregada de estigma, que o transforma em “culpado”, antes mesmo de, contra este, pesar acusação formal.

Partindo-se da premissa de que a presunção de inocência guia e inspira a proteção da imagem do investigado, é necessário compreender que este direito fundamental deve ser analisado sempre através de duas perspectivas, a subjetiva e objetiva. O caminho para a compreensão do âmbito da tutela do direito à imagem do investigado, delineado pela

presunção de inocência, é percorrido através da observação dessas dimensões, tanto a subjetiva, quanto a objetiva.

Nesse jaez, tem-se que os direitos fundamentais aplicados ao processo penal posicionam o investigado como sujeito de direito subjetivo. Assim, a perspectiva subjetiva da presunção de inocência coloca o investigado em vantagem em relação ao Estado, que deve se estar em posição de abstenção. Consequentemente, não é possível considerar o indivíduo culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já pela perspectiva objetiva da presunção de inocência, ampliativa e complementar à sua dimensão subjetiva, percebemos que o direito fundamental em tela, no processo penal brasileiro, assume contornos de "norma de tratamento". O investigado, assim, deve ser tratado como inocente durante todo o curso da investigação preliminar.

A exposição do investigado à imprensa, algemado ou não, por exemplo, reforça a ideia, aos olhos do grande público, de que este é culpado, violando seu direito à imagem através da deturpação da presunção de inocência como norma de tratamento.

É nesse sentido que aplica-se o efeito horizontal, que emana da dimensão objetiva da presunção de inocência; tendo em vista que o efeito mencionado amplia a vinculação da presunção de inocência às relações entre particulares, a imprensa deveria abster-se de divulgar imagens e dados do investigado antes da formalização da acusação, mesmo que tal disseminação ocorra dentro de parâmetros puramente informacionais. Caso a divulgação seja abusiva e execratória, mais gravosa a situação; a violação da imagem do investigado, e consequentemente da presunção de inocência como norma de tratamento, afetará tanto a sua imagem física (retrato), quanto atributo (social).

No mesmo sentido devota-se o efeito irradiante, que também origina-se da perspectiva objetiva da presunção de inocência. Tal efeito vincula os órgãos públicos à, não somente, mas principalmente, executar o ordenamento jurídico de acordo com um paradigma constitucional de observância e tutela da presunção de inocência. A participação dos órgãos do persecutório na execração da imagem do investigado, vem de encontro à presunção de inocência analisada por sua dimensão objetiva e efeito irradiante. A autoridade pública, que deveria ser guardiã de Direitos Fundamentais, contribui para o etiquetamento do investigado, tudo em nome do "interesse público".

Somente através de exercício legislativo e consequente normatização específica da tutela do investigado, que abarcaria o espectro das suas relações com particulares e órgãos do persecutório, bem como entre particulares, a presunção de inocência poderá emanar seus efeitos horizontal e irradiante, através de sua perspectiva objetiva. Tais efeitos são necessários

à preservação da imagem do investigado e devem ser refletidos nos comportamentos, tanto dos meios de comunicação, quanto dos órgãos responsáveis pelo persecutório, aqui, em particular, pela investigação preliminar.

A exposição indevida da imagem do investigado toma cursos mais extensos e tortuosos, principalmente em dias atuais, tempos de internet e mídias sociais. O direito à imagem, nessa toada, ocupa lugar de destaque entre os direitos da personalidade. A complexidade de seus diversos aspectos demonstra que ainda há um longo caminho a ser percorrido, tanto normativo, quanto jurisprudencial e doutrinário, para que tal direito seja observado e aplicado no direito processual penal moderno.

A imagem do indivíduo possui aspectos físicos, como exteriorizações de feições do rosto, tatuagens, cor dos olhos, pele, entre outros, denominada de imagem-retrato e aspectos sociais, entendidos estes como as características apresentadas socialmente pelo indivíduo, seus atributos sociais, denominada de imagem-atributo. Ambas são violadas quando da exposição abusiva da imagem do investigado, que como bem jurídico autônomo, merece proteção, independentemente da tutela conferida a outros direitos da personalidade.

De certo que o direito à imagem do investigado não é absoluto. As restrições a esse direito devem ser ancoradas no princípio da proporcionalidade, que balizará as relações entre interesse público e privado. O interesse público pode se dar, por exemplo, quando da necessidade da divulgação de retrato falado ou fotografia, com a finalidade de contribuição para o deslinde da investigação.

Ocorre que, caso a divulgação da imagem traga aspectos deteriorantes sobre o investigado e o denigra, incentivando pré-julgamentos populares, o interesse privado deve prevalecer sobre o público e o direito à imagem deve ser preservado. A razoabilidade, na execração pública do investigado, não encontra guarida, e a proporcionalidade não é observada. A divulgação da imagem do investigado, deve ter objetivos lícitos, e não pode tornar-se meio para que se atinja finalidade degradante e execratória.

Nesse mister, defendemos que a imprensa deve ser abster de divulgar dados pessoais e imagem do investigado até o recebimento da acusação formal. Não se fala aqui em censura, tendo em vista que os órgãos de mídia podem bem cumprir seu papel, no curso de investigação preliminar, informando o fato, mas ocultando o investigado.

A prevalência do interesse público sobre o privado, no que diz respeito à divulgação da imagem do investigado, deve se dar somente se há finalidade lícita na disseminação da notícia. Entretanto, tais casos devem ser exceções, analisados sempre pelas lentes do princípio da proporcionalidade.

Ainda, no aspecto “interesse público *versus* interesse privado”, é necessário pontuar que a liberdade de informar e ser informado, com acesso às fontes informativas, é uma das bases fundantes de um estado democrático de direito. É direito pessoal, individual e não pode sofrer censuras. Entretanto, a informação veiculada tem de possuir qualidade, pois é fruto de prestação de serviço público e não deve distorcer a realidade. O imediatismo, fomentado pela velocidade da propagação de informações prejudica, tanto a qualidade da notícia disseminada, quanto a recepção desta notícia por parte do público-alvo. A mensagem divulgada ao público pelos órgãos de imprensa torna-se codificada e distorcida, contribuindo para o aumento dos índices de audiência e consequente venda de espaços publicitários. A ficção, então, torna-se realidade.

Assim, uma notícia que carrega em seu bojo uma deturpação da realidade, certamente trará consequências para aqueles que dela são objetos. A imagem dos envolvidos na disseminação de informações falsas ou falseadas, principalmente se forem apontados como autores de crimes, será maculada, tanto em seu aspecto “retrato”, quanto “atributo”.

Nesse mister, o interesse da divulgação de notícias degradantes encontra amparo no estímulo ao medo e à insegurança, fruto direito do *fast journalism*. Assim, os meios de comunicação moldam, modificam e integram os valores da *opinio publica*, constituindo e desfigurando o comportamento social. O grande público, destinatário das informações deturpadas, constrói seus próprios meios de proteção contra a violência, que é disseminada de forma alarmante e desfigurada pela mídia.

Na investigação preliminar já há uma invasão à esfera de intimidade do investigado e, a vicissitude de ter sua imagem divulgada e distorcida através de uma deturpação da realidade fática, torna o momento investigativo mais difícil de ser enfrentado. O fardo impresso pela investigação preliminar torna-se, então, maior, demandando proteção constitucional, convencional e infraconstitucional efetiva.

Nesse giro, é importante pontuar que a publicidade dos atos processuais penais enfrenta limitação, levando-se em consideração que a publicidade externa (tanto mediata, quanto imediata) pode contribuir para que os órgãos de mídia encontrem na divulgação dos atos judiciais formas para deturpar a imagem do investigado. Já a publicidade interna, que valida a investigação preliminar, é garantia do investigado pois permite seu acesso e participação nos atos investigatórios.

As medidas coercitivas decretadas no curso de uma investigação preliminar, sejam quais forem, podem contribuir sobremaneira para a degradação da imagem do investigado.

Isso se dá pois há um afastamento temporário, nunca total, da presunção de inocência quando da decretação de medida cautelar.

Ocorre que, como sabido, cautelaridade não pressupõe antecipação de pena e, sim, instrumentalidade e consequente tutela ao processo. A divulgação sensacional de prisão preventiva pela imprensa, perpetrada de forma abusiva, por exemplo, leva imediatamente ao conhecimento do público, realidade desvirtuada, de maneira que a imagem do investigado é pervertida, tornando-o, aos olhos da audiência, culpado por crime que sequer foi efetivamente instruído e julgado.

O uso de algemas quando da apresentação desvirtuada do investigado à imprensa (ou mesmo a apresentação do investigado à imprensa sem algemas) causa evidente constrangimento, e deve somente ser carreado quando de sua necessidade legalmente motivada. A nova Lei de Abuso de Autoridade, 13.869/2019, trouxe a responsabilização, tanto civil quanto criminal, para o agente público que constrange o preso a exibir-se ou ter seu corpo exibido à curiosidade pública ou submete-o à situação vexatória.

A novel legislação, em que pese ser demasiadamente aberta a interpretações das mais diversas, lançou luzes ao tema, coibindo agentes públicos de constrangerem presos – investigados, réus ou condenados – e responsabilizando-os pelas violações. Os órgãos do persecutório devem agir para que a proteção da imagem do investigado seja observada, encontrando as raízes dessa tutela na presunção de inocência como norma de tratamento, que reflete sua dimensão objetiva em seus efeitos irradiante e horizontal.

Em termos de colaboração premiada, deve-se observar com cautela a figura do investigado colaborador, que possui proteção específica à sua imagem, insculpida na Lei 12.850/2013. Os acordos de colaboração premiada divulgados pelos órgãos de comunicação, temperados com a já mencionada deturpação de realidade fática, tornam o investigado colaborador, visto pelas lentes do público, “delator”, “detrator”, “dedo-duro”. Mais uma vez, tanto a imagem-retrato, quanto imagem-atributo do investigado colaborador devem ser protegidas.

Nesse sentido, a Lei 12.850/2013, traz em seu art. 5º, inc. V, tutela específica destinada à preservação da identidade e imagem do investigado colaborador, que não deve ser divulgada sem sua prévia autorização por escrito. Ainda, em que pese o acordo de colaboração premiada perder a sua condição de sigilo quando do recebimento da denúncia, a imagem do colaborador deve continuar a ser preservada. O ponto tratado na presente dissertação não tangenciou a integridade física do investigado colaborador, mas somente a preservação de sua imagem. Outrossim, a Lei 12.850/2013 criminaliza quem revela a

identidade, filma ou fotografa o colaborador sem sua prévia autorização, impondo pena de 1 a 3 anos ao infrator.

Como solução aos resultados da violação do direito à imagem do investigado, surge o direito ao esquecimento, que, dos direitos da personalidade é uma manifestação. Repercute o direito ao esquecimento na intimidade, na vida privada e na identidade pessoal do investigado, vez que seu titular quer impedir a divulgação fato pretérito que integra seu passado, e sobre este, não há mais interesse público, devendo o acontecimento degradante ser esquecido.

De fato, o direito ao esquecimento deve ter alcance amplo, abarcando, tanto aspectos da vida privada e intimidade do investigado – aqui representados pelo próprio fato degradante – como pontos relativos à sua identidade pessoal. Nesse mister, não somente o esquecimento à identidade pessoal do investigado no que tange seus elementos caracterizadores, como nome, pseudônimo e imagem, por exemplo, devem ser levados em consideração; o direito ao esquecimento, pelo viés da identidade pessoal do investigado deve englobar, também, elementos não conectados à sua realidade física, tais como posicionamento político, religioso e a própria situação de investigado.

Assim, o arquivamento da investigação ou a rejeição da denúncia devem servir de ponto de partida para o exercício do direito em tela, de forma que tal vivência fique relegada ao esquecimento coletivo.

Na era da informação digital, regular o direito ao esquecimento, de forma que se atenda, através do princípio da proporcionalidade, tanto o interesses públicos, quanto individuais, não é tarefa fácil. O armazenamento das informações sobre o investigado, mormente na era digital, tem caráter de perenidade e multiplicidade. Ainda assim, o tema tem sido enfrentado pela jurisprudência internacional e pátria.

No caso do Brasil, as situações que envolvem o direito ao esquecimento ainda são recentes e carecem de mais digressão, tanto legal, quanto jurisprudencial e doutrinária. No processo penal brasileiro, as leis disponíveis, que tratam do direito ao esquecimento, referem-se, sempre, ao condenado, e nunca ao investigado, o que não deve ser ponto impeditivo para a torná-lo titular do direito em tela.

O direito ao esquecimento deve ser observado como oriundo da dignidade da pessoa humana e traz em seu âmago possibilidade de resgate de imagem-retrato e imagem-atributo do investigado. O investigado, assim, pode extirpar de seu seio social situação que não mais condiz com a sua realidade, ressocializando-se sem mácula pretérita e sem que seja identificado como “investigado”.

Outrossim, a ausência de normatização específica e abrangente, dificulta a efetivação das disposições constitucionais e convencionais no que toca a proteção da imagem do investigado. O Projeto do Novo Código de Processo Penal – PL 8045/2010 - traz alento à discussão, observando maiores direitos ao indivíduo durante a investigação preliminar, inclusive a proteção à sua imagem, seja ela imagem-atributo ou imagem-retrato. Mudanças significativas, tais como a definição da situação jurídica de investigado, a normatização do indiciamento e alterações propostas no que tange a identificação criminal, trazem maiores garantias ao investigado, coadunando-se com a Carta Política de 1988 e os textos convencionais dos quais o Brasil é signatário.

De significância maior para o tema do presente trabalho, surge na Lei 13.964/2019 o juiz das garantias, que tem como objetivo tutelar os direitos e garantias individuais do investigado, firmando o modelo processual baseado no sistema acusatório. Assim, o juiz das garantias atuará somente na investigação preliminar, distanciando-se de questões que tocam a instrução processual.

A previsão específica da proteção da imagem do investigado preso, no art. 3º-F da referida lei, traz luz à discussão, mas carece de proteção mais abrangente. Assim, o mencionado artigo deve ser aplicado em conjunto com o art. 10 do PL 8045/2010, ainda de *lege ferenda*; o artigo garante, expressamente, que o nenhum investigado (e não somente o investigado preso) será submetido à exposição dos meios de comunicação, observando, assim, a preservação de sua intimidade e vida privada. Quando aplicado em conjunto com o art. 3º-F da Lei 13.964/2019 o art. 10 do PL 8045/2010 traz completude à proteção da imagem do investigado, abrindo caminho para a efetivação de seu direito à própria imagem.

Ainda, na leitura do art. 3º-F da Lei 13.964/2019, há a vinculação dos órgãos de imprensa e autoridades públicas à preservação do direito à imagem do investigado. O acordo entre órgãos de mídia e autoridades públicas, com o fito de explorar a imagem do investigado preso, não mais é permitido. Nessa toada, o trâmite de informações entre imprensa e autoridades que tangenciam à prisão de investigado deverá ser regulamentado. Dessa forma, o legislador observou a manutenção da presunção de inocência como norma de tratamento, que emana efeitos horizontais e irradiantes, por sua perspectiva objetiva. Nesse giro, o juiz das garantias tutelará, de forma direta, a imagem do investigado, contribuindo para que os arbítrios estatais e privados cessem ou, pelo menos, mitiguem-se.

O convívio harmônico entre a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão é tarefa difícil. Deve ser regulamentada por meio

de lei, concebida após intensos debates entre a sociedade civil e o poder público, em esforço multidisciplinar.

Em conclusão, a imagem do investigado deve ser preservada durante a investigação preliminar, observados os limites entre direito à informação/liberdade de imprensa/publicidade dos atos processuais e inviolabilidade de imagem/presunção de inocência, pautados pelo princípio da proporcionalidade.

Como consequência dos excessos praticados pela mídia e por órgãos da persecução penal, há uma reafirmação da necessidade da proteção dos direitos inerentes à personalidade do investigado, mormente o seu direito à própria imagem. Nasce, portanto, a necessidade da criação de mecanismos de controle mais rígidos, de forma que sejam evitadas lesões à sua imagem.

Ainda, as massas consumidoras de mídia – televisiva, impressa ou digital - devem ser conscientizadas e educadas para que apresentem atitude mais crítica no que toca os órgãos de imprensa, transformando a preservação da imagem do investigado em esforço coletivo. Dessa forma, a presunção de inocência será observada e efetivada, emanando, de sua perspectiva objetiva, seus efeitos irradiante e horizontal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena **Mídia e processo.** São Paulo, Saraiva 2011.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Democracia e transconstitucionalismo: "direito ao esquecimento", extraterritorialidade e conflito entre ordens jurídicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 25, p. 748-775, set./dez. 2016.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Débora de Souza de. Cultura, punição e mentalidades sociais: um prelúdio para a compreensão do influxo da opinião pública na construção de políticas penais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 77-89, jun./jul. 2012.

ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de. Exposição da imagem de presos e direitos fundamentais. **Orbis Revista Científica**, p. 3 e 4, 2010. Disponível em: <www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/download/113/113>. Acesso em: 26 fev. 2019.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal:** uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ANDRIOLI, Virgilio. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari di Piero Calamandrei. **Il Foro Italiano,** v. 132, n. 5, 2009, p. 205/206-209/210.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na constituição federal de 1988. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

ARROYO KALIS, Juan Ángel; FALCONI MÚZQUIZ, Fernando. La criminología mediática como amenaza a la efectividad del derecho a la presunción de inocencia. **Iter Criminis: Revista de Ciencias Penales**, México, 6ª Época, n. 8, p. 129-145, jan./mar. 2015.

ARRUDA, Eloisa de Souza. As medidas cautelares reais no processo penal brasileiro. **MPMG jurídico: revista do ministério público do estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 52-53, dez./jan. 2005/2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Os direitos do preso e a mídia. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 10, n. 114, p. 7-10, maio 2002.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória: breve reflexão transdisciplinar. **Revista de Estudos Criminais,** Porto Alegre, v. 7, n. 24, p. 105-113, jan./mar. 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A lei n. 11.435, de 28.12.2006 e o novo arresto no código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 172, p. 13, mar. 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BÁRTOLI, Márcio Orlando. Antecedentes criminais e presunção de inocência (jurisprudência comentada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 388-392, jul./set. 1996.

BASTOS JUNIOR, Edmundo José de. Algemas. **Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 8, n. 13, p. 189-195, 2002.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAYER, Diego Augusto. Mídia e sistema penal: uma relação perigosa. **Revista Síntese de direito penal e processual penal,** Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 36-49, abr./maio 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. "Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 16, n. 186, p. 16-17, maio 2008.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Ministério público, mídia e opinião pública. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel,** São Paulo, v. 2, n. 12, p. 13-15, jun. 2000.

BERK, Bernard. **History of labeling theory.** Los Angeles: International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2015.

BERNARDES, Marcelo di Rezende. A atração fatal existente entre mídia e criminalidade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 14, p. 38-55, out./nov. 2006.

BERTANHA, Cristiane Freitas. A influência da mídia no processo penal. **Revista Jurídica da Universidade de Franca,** Franca, v. 8, n. 15, p. 65-67, 2º sem. 2005.

BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BIANCO, João Carlos. A obra fotográfica, o direito à imagem, à vida privada e à intimidade. **Justitia**, São Paulo, v. 62, 189/192, p. 202-217, jan./dez. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa:** Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. Entre cidadãos e inimigos: o discurso midiático e a expansão do direito penal como instrumentos de consolidação da subcidadania. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, v. 14, n. 1, p. 241-261, jan./jun. 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado.** 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**, São Paulo: Max Limonad, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 184-194, out. 2012.

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.

BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207, set./out. 2009.

BRUM, Caroline Bussoloto de. Análise constitucional do direito ao esquecimento. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 288, p. 12-13, nov. 2016.

BRUTTI, Roger Spode. Temáticas recentes: dolo eventual, culpa consciente, direito à imagem, tráfico de drogas, liberdade provisória, roubo, colapso carcerário, arma sem munição e outros temas. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 200-209, jun./jul. 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros comentários à lei n° 13.245/2016, que altera o estatuto da OAB e regras da investigação criminal. **Revista jurídica: Sage/Síntese,** São Paulo, v. 64, n. 459, p. 85-94, jan. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O suspeito. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 7, n. 78, p. 2, maio 1999. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17327>. Acesso em: 1 set. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. "Deu no jornal": notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 2, p. 56-77, set./dez. 2009.

CAMARGO, Maria Clara de Lima, et al. A restrição do uso de algemas: uma aproximação com a teoria dos direitos fundamentais e a questão da súmula vinculante nº 11 do STF. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Orgs.). **Processo penal contemporâneo**. Porto Alegre: Nuria Fabris: 2010.

CAMPOS, Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois. Previsão legal do direito à imagem. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 41, p. 95-118, set./dez. 2004.

CANDEO, Paula Priscila. A prisão preventiva e o princípio constitucional da presunção de inocência: uma análise a partir da declaração americana de direitos humanos. In:

HAMMERSCHMIDT, Denise; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. **Ciências penais e juízes criminais: 1° fórum nacional de juízes criminais - FONAJUC**. Curitiba: Juruá, 2017.

CARLIN, Volnei Ivo. A justiça e a mídia. **Cidadania e justiça: revista da associação dos magistrados brasileiros,** Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p. 187-194, 2º sem. 2000. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=23082>. Acesso em: 12 mar. 2018.

CARLIN, Volnei Ivo. A justiça e a mídia. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos,** Bauru, n. 23, p. 23-29, ago./nov. 1998.

CARMO, Pedro do. Investigação criminal e media. **Revista do Ministério Público de Lisboa,** Lisboa, v. 31, n. 124, p. 115-124, out./dez. 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Edijur, 2017.

CARNELUTTI, Francesco**. La pubblicità del processo penale.** Padova: Rivista di Diritto Processuale, 1955. n.1.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el processo penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el processo penal.** Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1950, v. 2.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. In: CARVALHO, Luis Gustavo **Grandinetti Castanho de. Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de**. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 60.

CARVALHO, Rômulo Luis Veloso de; MONTEIRO, Paulo Henrique Drummond. **É preciso pôr fim às medievais apresentações de presos à imprensa.** Consultor Jurídico. 15/01/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/tribuna-defensoria-preciso-fim-medievais-apresentacoes-presos-imprensa > Acesso em: 15 out. 2019.

CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo código de processo penal. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 189-192, jul./set. 2009.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. A espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 24, n. 122, p. 309-318, ago. 2016.

CASCALDI, Rui. Prisão temporária: inconstitucionalidade. **Justitia,** São Paulo, v. 53, n. 153, p. 12-15, jan./mar. 1991.

CINACCHI JÚNIOR, Higino. A lei, o processo e o fato - ofensa aos inocentes. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n. 74, p. 05-06, jan. 1999.

CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale – profilo istituzionale.** 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos. 3.ed.** São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A declaração universal dos direitos humanos 1948. **Juízes para a democracia**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 9, out./dez. 1998.

COMPARATO. Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos.** São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 1997, p. 7. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em 05 dez. 2019.

COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 23, n. 92, p. 65-79, out./dez. 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Tutela penal da intimidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais: 1969.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale.** 7. ed. Padova: CEDAM, 2010.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti dela personalittà**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v.1.

DIAS TEIXEIRA, Francisco. Indiciamento e presunção de inocência. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n. 71, p. 14, out. 1998.

DIEL, Aline Ferreira da Silva; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Desvelando o arauto: mídia, crime e direitos humanos em tempos difíceis. In: AZEVEDO E SOUZA, Felipe Lazzari da Silveira (Org.). **Democracia e(m) sistema penal.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DOTTI, René Ariel. Identificação criminal e presunção de inocência [Comentário de jurisprudência]. **Ciência Penal**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 146-158, 1976.

DUVAL, Hermano. **Direito à imagem.** São Paulo: Saraiva, 1988.

ELBERT, Carlos Alberto. O populismo penal: realidade transitória ou definitiva?. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Direito penal e política criminal no terceiro milênio**: perspectivas e tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERNANDA C. PAPA. **Manual de mídia e direitos humanos.** Coordenação de Liane Faccio, Lúcia Nader, Carlos Portugal Gouvêa. São Paulo: Consórcio Universitário pelos Direitos Humanos / Fundação Friedrich Ebert, 2001. 113 p.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008a.

FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as nações da eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Coords. **Sigilo no processo penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008b.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação criminal no direito brasileiro. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, Ano 5, n. 21, p.12-13, jul./set. 2002b.

FERRAJOLI, Luigi. El populismo penale nella società della paura. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **La emergencia del miedo**. Buenos Aires: Ediar, 2013.

FERREIRA, Michelle Kalil. O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 9, p. 150-181, jul./dez. 2007.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminale.** 5.ed, Torino: UTET, 1929. v. 2.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Algemas: algumas considerações. **Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME**, Florianópolis, v. 9, n. 56, p. 6-13, nov./dez. 2005.

FOUCALT, Michel. **Vigiar e punir - nascimento da prisão.** 39. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

FRANCESCHELLI, Bruno. **Il diritto ala riservatezza.** Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**: direito objetivo, direitos subjetivos, direitos privados da personalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

GARFINKEL, Harold. **Conditions of successful degradation ceremonies.** Chicago: The University of Chicago Press, 1956. v. 61, n. 5, p. 420.

GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio. **Verità e processo penale.** Milano: Giuffrè, 2012.

GENNARO, Domenico de. La pubblicita delle procedure penali. **Archivio Penale**, Roma, v. 18, 1/12, p. 288-303, jan./dez. 1962.

GERBER, Daniel; MAYORA, Marcelo. Do jogo à "pelada" processual: o processo penal sem juiz. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 16, n. 194, p. 16, jan. 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Razões (?) do populismo punitivo. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 71, p. 102-116, dez./jan. 2012.

GOMES, Geraldo. Tóxicos. A comunicação de massa. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, v. 86, p. 29-32, jan.-fev. 1984.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado,** São Paulo, n.42, p.30-4, abr. 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **O projeto de lei do código de processo penal: a escolha de um novo horizonte?**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 17, n. 209, p. 4-5, abr. 2010.

GRECO FILHO, Vicente**. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/13.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. **Populismo punitivo y justicia expresiva**. Buenos Aires: D'Plácido, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Polícia civil e as garantias constitucionais. In: DE MORAES, Bismael Batista. (Org.). **A polícia à luz do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal:** as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

HERBEL, Gustavo. El sistema penal en la sociedad mediática. **Revista do ILANUD,** San José de Costa Rica, n. 26, p. 11-30, 2002.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato.** Bologna: Zanichelli, 1979.

KEHDI, André Pires de Andrade et al**.** Presunção de inocência: excertos da carta escrita pelo IBCCRIM à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 282, p. 02, maio 2016.

KOHLER, Joseph. A própria imagem no direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 79, out./dez. 1972.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Protección del honor y derecho penal. **Estudios penales y criminológicos,** Santiago de Compostela, n. 13, p. 207-235, 1990.

LARRAURI PIJOAN, Elena. Populismo punitivo y como resistirlo. **Ciencias penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, v. 17, n. 24, p. 9-17, nov. 2006.

LIMA, Érico Fathi Cordoba de. As mazelas do processo penal: influências da mídia. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 77, p. 111-132, abr./maio 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury **Direito processual penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. Mudança no sistema recursal: só esqueceram de combinar com a constituição. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 23, n. 277, p. 12-14, dez. 2015c.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz.** Consultor Jurídico**.** 11/07/2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel**.** Publicidad, Indefension y Tutela Judicial Efectiva. **Actualidad Penal.** n. 27, Madrid: 1993.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

LYRA, Roberto. **Novas escolas penaes.** Rio de Janeiro: Canton e Reide, 1936.

MAC CROIRE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2005.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale penale italiano, secondo il nuovo codice**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1931-32.

MARQUES, Braulio. A mídia como filtro do fato social. In: FAYET JÚNIOR, Ney. **Ensaios penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

MARKEL, Ernst. A justiça e a mídia. **Revista Cidadania e Justiça,** Rio de Janeiro, v.4, n.9, jul/dez. 2000

MARTINEZ, Sara Aragoneses et. al. **Derecho procesal penal.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Aceres, 1996.

MARTINS, Leonardo. **Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão - Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 22, n. 108, p. 437-460, maio/jun. 2014.

MASI, Carlos Velho. O caso *Escher e outros vs. Brasil* e o sigilo das comunicações telefônicas: a fundamentação como garantia de efetividade dos direitos humanos. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 932, p. 349, jun./2013.

MELLO, Silvia Leser de. A cidade, a violência e a mídia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 6, n. 21, p. 189-195, jan./mar. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MENDES, Soraia da Rosa; BURIN, Patrícia Tiraboschi. Na contramão do discurso midiático: uma perspectiva garantista da atuação do delegado ou da delegada de polícia. **Revista brasileira de direito processual penal,** v. 3, n. 2, p. 537-566, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord); BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord). **Colaboração premiada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 53-101.

MORAES, Mauricio 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, 2010a.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? **Boletim do IBCCRIM,** São Paulo, ed. especial, CPP. Ago. 2010b. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4176-Quem-tem-medo-do-juiz-das-garantias>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MORAES, Mauricio Zanoide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coords.). **Sigilo no processo penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Rodrigo Iennaco de et al. Exibição do suspeito preso à imprensa como atenuante inominada da pena. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA Flávia (Org.). **Limites do poder punitivo:** diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 443.

MORETZSOHN, Sylvia. "Eu não sou eu, nem sou o outro": questões éticas sobre as dificuldades do jornalismo em lidar com "qualquer coisa de intermédio" no caso da cobertura criminal. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade,** Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 649-657, 1º e 2º semestres. 2012.

MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 11, n. 42, p. 31-47, abr./jun. 1990.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Orientador: Rogério Lauria Tucci. 1991. 177 p. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.

ORGAZ, Alfredo. **Derecho civil argentino:** personas individuales. Buenos Aires: Depalma, 1946.

PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas**. Comentários do Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. A constitucionalidade do artigo 342º do Código Penal: o direito ao silêncio do arguido. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 15, n. 60, p. 101-110, out./dez. 1994.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O Indiciamento como Ato de Polícia Judiciária. ***Revista dos Tribunais***, n. 577, p. 313, 1983.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **A identificação processual penal e a Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 77, n. 635, 1988.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial:** novas tendências. Belém: Edições Cejup, 1987.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocábulo jurídico.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PONTE, Ana Lúcia Menezes Vieira da. **Publicidade dos atos processuais penais e meios de comunicação em massa**. Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho. 2002. 350 p. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, direito penal e garantias. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos:** a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. 3.

RAMIRO, Lívia Froner Moreno. **Do direito ao esquecimento ao direito à desvinculação**: a tutela dos dados pessoais nos motores de busca na internet. Orientador: Cíntia Rosa Pereira de Lima. 2018. 163 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

RITTER, Ruiz. Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência. Boletim **IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 288, p. 10-12, nov. 2016.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Mídia e sistema penal. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (Org.). **Democracia e(m) sistema penal.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. O princípio da verdade real e a prova ilícita que ofende o direito à própria imagem. **Jus**: Revista jurídica do Ministério Público, Belo Horizonte, v. 22, n. 12, p. 119-133, 1991.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Mídia, processo penal e dignidade humana. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 11, 131 Esp, p. 2-3, out. 2003.

RODRIGUES, Matheus. Discurso midiático e violência. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 217, p. 11-12, dez. 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler. **O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo.** Consultor Jurídico**.** 30/08/2019. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>. Acesso em 5 nov. 2019.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da execução penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 20, n. 99, p. 215-238, nov./dez. 2012.

SALOMÃO, Luís Felipe. Memória, esquecimento e conteúdo na internet. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 112, p. 13-19, 2017.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade.** Belém: CEJUP, 1994.

SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino dos. Reflexões sobre o confisco alargado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 277, p. 23-24, dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados.** Conjur. 5/06/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em: 8 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIAVINATO, Ana Maria. **Populismos e direitos.** Revista do Curso de Direito - Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), Brasília, v. 5, n. 2, p. 27-35, jul./dez. 2004.

SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 2-3, ago. 2010.

SEMER, Marcelo**.** Populismo e seletividade forjam um sistema carcerário injusto e falido. In: SILVA, Givanildo Manoel da (Org.). **Quebrando as grades**: liberdade incondicional. São Paulo: Sefras, 2017.

SIDI, Ricardo. A magistratura, a cartilha e a detestável prisão de um inocente. Boletim **IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 267, p. 18-19, fev. 2015.

SILVA, Bruno Roque Vanderley da et al**.** Direito ao esquecimento na era digital. **Revista Jurídica UNIGRAN,** Dourados, v. 20, n. 40, p. 155-158, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Gilvan Naibert e. **A fase de investigação na perspectiva do projeto do novo código de processo penal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da. **A publicidade e suas limitações - a tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**. Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho. 2010. 180 p. Dissertação (Mestrado em Processo Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e crime. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva:** criminalista do século. São Paulo: Método, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o Direito Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 45, p. 16, ago. 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação social de massas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 135-143, abr./jun. 1995.

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 20, n. 94, p. 363-382, jan./fev. 2012.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRUCKENBERG, Carl-Friedrich. Quem é presumido inocente do que e por quem? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 16, n. 65, p. 35-58, abr./jun. 2017.

SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. **Os fundamentos éticos do devido processo legal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Responsabilidade penal sucessiva nos crimes de imprensa.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. Descasos - Vergonha. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 253, p. 19, dez. 2013.

TAVARES, Hugo Alexandre de Matos. A tutela penal do direito à imagem. Entre a subsiariedade do direito penal e a unidade do sistema jurídico no problema da construção da área de tutela típica. In: ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira (Coord.). **Direito penal hoje:** novos desafios e novas respostas. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista de Informação Legislativa - RIL,** Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./mar. 2017.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire et al. Mídia, devido processo legal e investigação. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, v. 11, n. 66, p. 5-37, jun./jul. 2015.

TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos padrões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 9, n. 36, p. 257-272, out./dez. 2001.

TORRES, Jaime Vegas. **Presunción de inocencia y prueba em el processo penal**. Madri: La Ley, 1993.

TORRES, Patrícia de Almeida **Direito à própria imagem.** São Paulo: Editora LTr, 1998.

TRIGUEIRO, Fábio Vinícius Maia. Direito ao esquecimento: dimensão da intimidade e identidade pessoal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 83-107, nov./dez. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** , Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VARELA CASTRO, Luciano. Proceso penal y publicidad. **Jueces para la democracia: información y debate**, Madrid, n. 11, p. 37-44, dez. 1990.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015.

VIANNA, Tulio; SARKIS, Jamilla. Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Org.). **Limites do poder punitivo**: diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Exposição do preso à mídia. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 16, n. 190, p. 8, set. 2008.

VIEIRA, Ana Lucia Menezes **O sigilo da fonte de informação jornalística como limite à prova no processo penal.** São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015.

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

VIEIRA, Luis Guilherme. Algemas: uso e abuso. **Revista Síntese De Direito Penal E Processual Penal,** Porto Alegre, v. 3, n. 16, p. 11-16, out./nov. 2002.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. A interceptação telefônica e seus limites. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 5-25, dez./jan. 2017.

WEINMANN, Amadeu de Almeida; WEINMANN, Rejane. A escuta telefônica e outras invasões da intimidade - o anonimato e sua ilicitude. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 79-93, out./nov. 2010

WUNDERLICH, Alexandre. Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 18, n. 214, p. 10-11, set. 2010.

XAVIER, José Roberto Franco. A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 23, n. 112, p. 149-164, jan./fev. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. La **emergencia del miedo**. Buenos Aires: Ediar, 2013.

ZAMORA ACEVEDO, Miguel. Acerca del discurso populista punitivo. **Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica**, Turrialba, n. 5, p. 139-178, anual. 2013.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A colaboração premiada nos trópicos. Autonomia das partes e o imperativo do controle judicial: leituras sobre a Lei 12.850/13 à luz da eficiência e do garantismo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da et al. **48 visões sobre a corrupção**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 855-874.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 447-494, jul./ago. 2010a.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os atores e seus papéis. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ed. especial, CPP. Ago. 2010b. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4174-Os-atores-e-seus-papeis>. Acesso em: 21 nov. 2019.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Ainda sobre as condições da ação penal. In: VAZ, Denise Provasi ... [et al.], orgs. **Eficiência e garantismo no processo penal**: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes, São Paulo: LiberArs, 2017.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZULIANI, Ênio Santarelli; BRUNHARI, Andréa de Almeida. Princípios constitucionais e direito de imagem. **Revista do Advogado,** São Paulo, v. 32, n. 117, p. 50-75, out. 2012.