

ANTECIPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA E A DIMENSÃO EXTRAPROCESSUAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ANTICIPATED ATTRIBUTION OF GUILT AND EXTRAPROCEDURAL DIMENSION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

Roger Machado

Mestre em Ciências Criminais na PUC/RS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM/IDPEE-Coimbra e em Direito Penal e Processo Penal pela UNISINOS. Associado ao IBCCRIM. Assessor de gabinete no Ministério Público Federal.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4639811731843828>

ORCID: 0000-0002-7530-0249

roger_rm@outlook.pt

Resumo: O presente artigo defende a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro e a efetiva promoção da dimensão extraprocessual da presunção de inocência. Procura demonstrar que essa dimensão é uma projeção do princípio como exigência constitucional e convencional de tratamento. Analisa, por fim, o art. 38 da Lei 13.869/2019, com a recente criminalização da atribuição antecipada de culpa, introduzindo no ordenamento brasileiro uma proteção penal que aparentemente reconhece a autonomia da dimensão extraprocessual, mas ainda apresenta incongruências com a amplitude do direito-garantia mencionado.

Palavras-chave: Presunção de inocência - Dimensão extraprocessual - Investigação - Atribuição antecipada de culpa.

Abstract: This article defends the incorporation to Brazilian legal order and the effective promotion of the extraprocedural dimension of the presumption of innocence. It aims to demonstrate that this dimension is a projection of the principle as conventional and constitutional exigence of treatment. Lastly, it analyses article 38 of the Law 13.869/19, which includes the recent criminalization of the anticipated attribution of guilt, introducing in the Brazilian legal order a penal protection that apparently recognizes the autonomy of the dimension extraprocedural, but still presents incongruities with the amplitude of the right-guarantee mentioned.

Keywords: Presumption of innocence - Extraprocedural dimension - Investigation - Anticipated attribution of guilt.

1. A presunção de inocência como exigência constitucional e convencional de tratamento - dimensão extraprocessual

O princípio da presunção de inocência está alojado no art. 5º. LVII, CF/88 e também no art. 8º, 2, da CADH e no art. 14, 1, do PIDCP, tratados internacionais a que o Brasil aderiu. Embora não haja uma unanimidade, pode-se afirmar que a doutrina e a jurisprudência nacionais desenvolvem o tema a partir de uma tríplice projeção, a saber, como norma de tratamento, como norma probatória e como norma de juízo.¹ Para os fins deste artigo importa apenas a primeira dimensão, que diz respeito ao tratamento do suspeito/indiciado/acusado.

Em seu aspecto endoprocessual, o estado de inocência destina-se aos agentes oficiais e significa uma regra de tratamento a exigir que o acusado não seja tratado como culpado nem como objeto do processo. As restrições de direitos do acusado devem se pautar pela justificação fática e jurídica e pela legalidade, não sendo admitida qualquer prática que culmine na antecipação de um juízo de culpa. Engloba os atos de investigação e todos os demais atos capazes de atingir o suspeito ou acusado durante o processo (GIACOMOLLI, 2015, p. 106-109).

Por sua vez, a exigência constitucional e convencional de tratamento em seu caráter extraprocessual extrapola os limites patrimoniais e de liberdade física para abarcar também uma projeção que reflete na honra e na dignidade humana, bem como no devido processo, direitos cujo respeito traduz uma necessária preservação da condição jurídica de inocente que, essencialmente, não veda um grau de suspeita, mas deve impedir os juízos antecipados de culpa sobre qualquer pessoa, sejam eles emitidos por autoridades públicas atuantes na investigação ou no processo, ou pronunciados por outros agentes estatais (projeção vertical), podendo abranger, não sem polêmicas, nesse caso, até mesmo os meios de comunicação que eventualmente não observem os ditames do princípio da inocência (projeção horizontal).

A necessidade de promoção de uma projeção extraprocessual da norma de tratamento tem sido cada vez mais necessária diante da infundável quantidade de notícias e coberturas midiáticas sobre casos criminais na atualidade. A questão gravita em torno dos chamados juízos paralelos e sua (in)compatibilidade com a presunção de inocência.

Como observa **Ovejero Puente**, as transgressões mais significativas ao princípio da presunção de inocência atualmente estão conectadas com os juízos midiáticos (PUENTE, 2017, p. 11).

Por isso mesmo é que parte da doutrina vem reivindicando a promoção dessa perspectiva do direito-garantia mencionado. **Lopes Jr.**, por exemplo, afirma que o dever de tratamento também opera no plano externo, como vedação de publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu, o que

significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR, 2020, *E-book*).

Como refere **Giacomolli**, o fato de pender investigação ou Processo Penal não retira da pessoa "a integralidade do *status* que lhe confere o estado de inocência, motivo por que não se admite qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo), de uma sentença sem o trânsito em julgado ou mesmo de uma sentença absolutória ou extintiva da punibilidade", razão pela qual há de se entender a estigmatização como fenômeno que afasta a inocência em sua plenitude (GIACOMOLLI, 2015, p. 106).

A presunção de inocência como norma de tratamento de caráter extraprocessual tem amparo em tratados internacionais a que o Brasil aderiu, sobretudo na CADH e nas decisões da **Corte IDH**. Trata-se

de uma dimensão mais elástica e externa ao procedimento, vedando manifestações públicas de agentes estatais que explicitamente emitem juízos incriminatórios contra alguém por meio de canais de comunicação ou, de modo geral, por meios de divulgação e propagação de informações, ou seja, a exigência de que o Estado não condene informalmente uma pessoa ou emita um juízo perante a sociedade, contribuindo para a formação de uma opinião pública, enquanto não tenha uma comprovação legal da culpa dessa pessoa (CORTE IDH, 2004; 2013).

Para a **Corte IDH** há uma evidente distinção entre o que é uma declaração pública de informações sobre um caso criminal com uma suspeita sobre alguém e a opinião emitida com claro juízo de culpa sobre a pessoa envolvida, mesmo quando não se tenha uma comprovação de culpa por sentença definitiva (CORTE IDH, 2013).

Em síntese, nada obsta que as autoridades públicas venham a prestar as devidas informações sobre investigações criminais, mas é preciso que, cientes de sua condição de garantidoras dos direitos fundamentais dos cidadãos, façam-no de modo discreto, cauteloso, a fim de realizar o direito à informação da sociedade e ao mesmo tempo preservar o direito à presunção de inocência do suspeito (CORTE IDH, 2013).

Portanto, a previsão constitucional, convencional e as decisões da **Corte IDH** acerca da presunção de inocência conformam uma exigência constitucional e convencional de tratamento, que deve ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em razão da cláusula de abertura do art. 5º, §§ 2º e 3º da CF/88 e do dever de controle de convencionalidade a que estão sujeitos os órgãos judiciais brasileiros.²

2. Art. 38 da Lei 13.869/19 (Abuso de Autoridade)³

Para os fins deste artigo, afirmamos que a presunção de inocência em sua dimensão extraprocessual impede a manifestação pública de agentes estatais sobre o mérito de caso penal e, em específico, quanto à atribuição de culpa de determinado crime a alguém ainda não julgado definitivamente pelo juiz competente. Mas, mais ainda: ela deve ser também uma garantia contra comportamentos de agentes estatais que, a despeito de não emitirem expressamente opiniões sobre casos em andamento, atuam clandestinamente para fabricar versões prejudiciais ao acusado, veiculadas de formas diversas por meios de comunicação em massa, sejam órgãos convencionais de imprensa, sejam redes sociais.

A primeira expressão mencionada, a vedação de prejulgamentos, como visto, conta com amplo respaldo da jurisprudência da **Corte IDH** e encontra posicionamento semelhante no TEDH, recordando-se, inclusive, a regulamentação mais adiantada da matéria no âmbito da União Europeia, com a Diretiva 2016/343/EU,⁴ que acolheu o conteúdo de importantes julgamentos anteriores do mencionado Tribunal.

A matéria recebeu atenção especial por parte do legislador brasileiro, incorporando na nova Lei de abuso de autoridade (13.869/19, de 05 de setembro de 2019) um tipo específico no art. 38, prevendo como crime (de menor potencial ofensivo) antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação – o artigo foi inicialmente vetado sob o argumento de que afrontava o princípio da publicidade, mas posteriormente promulgado em 27 de setembro de 2019.⁵

Trata-se de erigir a inocência ao posto de bem jurídico penal (STRECK; LORENZONI, 2020, p. 189), ainda que a nosso ver a proteção tendencialmente dispensada pelo artigo possa se revelar insuficiente. A tipificação da conduta é um reconhecimento de que a matéria merece maior reflexão e já não se pode confinar a presunção de inocência ao estreito campo do Processo Penal, enquanto o Processo Penal e principalmente os fatos e as pessoas nele implicadas tornam-se cada vez mais atraentes para os meios de comunicação e para as redes sociais.

2.1 Antecipação de atribuição de culpa

O dispositivo tem o aspecto salutar de prever expressamente a impossibilidade de qualquer atribuição de culpa a alguém antes de concluída a investigação e formalizada a denúncia ou queixa-crime. Pelo menos durante a tramitação do inquérito ou do procedimento investigatório, a norma tem aplicabilidade e já se mostra como um incremento importante se comparado ao cenário anterior à nova legislação.

Aliás, a ideia de publicidade em pouco ou nada é afetada pela vedação de prejulgamentos, posto que são públicas as informações processuais, quando não limitadas a outros impedimentos legais, enquanto o que torna os prejulgamentos inconstitucionais e inconvencionais por violência ao princípio da presunção de inocência é essencialmente a sua emanação em momento e espaço inadequado do ponto de vista legal, constitucional e convencional.

Por isso, inclusive, não faz sentido a manifestação da Presidência da República ao vetar o dispositivo. Afirmara então que a comunicação de determinadas ocorrências, notadamente as sexuais ou que violam direitos de crianças e adolescentes, podem facilitar ou importar em resoluções de crimes. Há uma nítida confusão entre prestação de informações e antecipação de juízos de culpa ou de divulgações (quando não fabricações) de elementos que vão paulatinamente formatando uma única hipótese narrativa possível contra pessoas, gerando um cenário de provável inclinação da opinião pública(da) contra os afetados, ainda que à margem do devido processo legal e diante de possibilidades absolutamente desiguais de manifestação pública sobre o assunto.

Streck e Lorenzoni (2020, p. 188) advertem, a propósito, que não se deve confundir “o âmbito pessoal do agente público com o âmbito institucional do cargo público”, sob pena de se atribuir um sentido errôneo ao princípio que busca dar transparência às informações institucionais, considerando inadmissível que um cidadão que exerça cargo público antecipe, por meio de comunicação, atribuição de culpa a alguém nas condições do tipo penal.

De fato, ainda que o agente público possa ter suas próprias opiniões, o que se exige é que não se utilize do cargo público ou da dignidade que o cargo lhe empresta para catapultar suas projeções pessoais a respeito de um determinado caso criminal, como se representassem a posição institucional do Estado em detrimento das pessoas afetadas.

2.2 Marco temporal escolhido pelo legislador

A proibição de antecipação de juízos de culpa foi, de fato, incorporada ao recente art. 38 da Lei 13.869/19, mas em menor extensão do que propomos, delimitando a possibilidade de consumação do crime ao período das investigações, posto que, após a formalização da acusação, as violências à presunção de inocência tornam-se, do ponto de vista penal, atípicas.⁶

O marco temporal eleito pelo legislador é suscetível de questionamento. A começar pelo fato de que a presunção de inocência estende seus efeitos até o trânsito em julgado da sentença condenatória e não até a formalização da acusação.⁷ Assim, deixa a descoberto, por exemplo, o comportamento de julgadores que emitem opiniões e se portam de forma bélica em relação ao princípio da presunção de inocência, revelando desprezo pela projeção extraprocessual do princípio, ao manifestarem-se publicamente, de forma direta ou dissimulada, em favor da antecipação de responsabilidade penal de pessoas processadas.

2.3 Sujeito ativo do delito

O tipo restringe excessivamente a abrangência da norma incriminadora, deixando de alcançar a generalidade dos agentes públicos, deixando de alcançar a generalidade dos agentes públicos, circunscrevendo-se ao “responsável pelas investigações”.⁸ Mas mesmo aí a redação é pouco elucidativa. Será apenas o delegado de polícia encarregado da investigação? O membro do Ministério Público também será afetado? Todos os agentes envolvidos na investigação são igualmente submetidos à legislação, ainda que

não presidam o inquérito (art. 2º, Lei 12.830/13) ou o procedimento investigatório criminal (arts. 26 da Lei 8.625/93, 8º da LC 75/93 e art. 1º da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público)?

Há quem defenda a possibilidade de que a norma alcance qualquer agente de alguma forma envolvido nas investigações, inclusive superiores hierárquicos, como os Procuradores-Gerais de Justiça, Procurador-Geral da República, diretores de polícia e até o magistrado responsável pelas medidas da fase de investigação.⁹

Discordamos no que se pretende incluir entre os “responsáveis pela investigação” também o juiz. A nosso ver, quanto mais se exige uma estrutura acusatória para o sistema processual e de investigação, mais afastado fica o juiz da função de responsável pelas investigações. Cabe ao juiz hoje, e posteriormente com o juiz das garantias, o papel de garantidor de direitos. Sob esse aspecto, as opções teóricas exigem coerência. Ou é responsável pelas investigações e não é juiz, ou é juiz e não responsável pelas investigações. De outro lado, reconhecemos que num cenário de confusões funcionais e de invasões indevidas no espectro de atuação de outros agentes públicos, não se deverá beneficiar “juízes investigadores”, afastando a aplicação da norma penal a pretexto de um compromisso teórico ignorado justamente por quem pratica as ilegalidades.

Desse modo, com a redação atual do art. 38, é conveniente que seja entendido como responsável pela investigação apenas a autoridade

policial que conduz a investigação e/ou o membro do Ministério Público, que atua no inquérito policial ou preside investigação ministerial própria.

No entanto, o espectro de abrangência da dimensão extraprocessual da presunção de inocência é mais amplo do que sugere o tipo do art. 38 e permite o alargamento das hipóteses de sujeito ativo, alcançando, por exemplo, também membros dos Três Poderes, desde que por alteração legislativa, porque, em matéria de enquadramento legal em norma incriminadora, não se há de optar, no âmbito estrito das interpretações de tipos penais, por soluções extensivas.

Considerações finais

O art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade incorpora ao ordenamento o reconhecimento da dimensão extraprocessual da presunção de inocência, mas ainda merece reparos para dar maior abrangência à proteção penal, notadamente para se estender até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e abarcar uma possibilidade de autoria mais ampla, não circunscrita ao responsável pela investigação, mas alcançando outras autoridades públicas.

Esses ajustes legais ao tipo penal repercutiriam fielmente o conteúdo eficaz da presunção de inocência, notadamente o resultante do diálogo constitucional e convencional, que fornece substrato normativo suficiente às melhorias aqui propostas.

Notas

- ¹ Para uma exposição detalhada dessas dimensões, v. MORAES, 2010, p. 424-480; GIACOMOLLI, 2015, p. 102-120; GOMES FILHO, p. 35-48; GOMES, 2012, v. 1.
- ² O controle de convencionalidade é forma de examinar a conformação vertical das normas de direito interno aos tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) e à jurisprudência formulada pelas Cortes Internacionais competentes. No Sistema Interamericano o exercício primário dessa função pelos órgãos judiciais domésticos pressupõe conhecimento da norma internacional, de seu conteúdo eficaz e da compreensão dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sobre o tema, conferir MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07GBGMYK>. Acesso em 18 fev. 2021.
- ³ BRASIL. Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019. (Lei de Abuso de Autoridade). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm. Acesso em 19 mai. 2021.
- ⁴ CONSELHO DA EUROPA. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do

Conselho, de 09 de março de 2016. (Reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 10 mai. 2020.

⁵ V. Mensagem da Presidência da República nº 406, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: Mensagem nº 406 (planalto.gov.br). Acesso 12 jan. 2021.

⁶ No mesmo sentido, v. SIMANTOB, 2020, p. 174.

⁷ Crítica similar à nossa é feita por MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. A nova lei de abuso de autoridade. Lei 13.869/2019 comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Consulta em base de dados *on line* da RT. Disponível em: <https://bit.ly/3ideo5L>. Acesso em 14 jan. 2021.

⁸ Trata-se de um delito formal próprio, segundo STRECK; LORENZONI, op. cit., p. 189; ou crime de mão própria, segundo SIMANTOB, Fabio Tofic, op. cit., p. 173; crime próprio, segundo MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan, op. cit.

⁹ SIMANTOB, Fabio Tofic, op. cit., p. 173.

Referências

- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 112 de 27/10/2021. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm. Acesso em 12 nov. 2021. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnpmp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em 12 nov. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 14 fev. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 14 fev. 2021. BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [L8625 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1993/L8625.htm). Acesso em 14 fev. 2021.
- BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [Lcp75 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em 14 fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro. (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade). Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm. Acesso em 12 nov. 2021. BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho. (Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia). Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm. Acesso em 12 nov. 2021.
- CORTE IDH. Caso Ruano Torres y otros vs El Salvador. Sentencia fondo, reparaciones y costas, de 05 de octubre de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3iqsa3B>. Acesso em: 26 jun 2020.
- CORTE IDH. J. vs Peru. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf. Acesso em: 26 out 2021.
- Corte IDH. Lori Berenson Mejía vs Peru. Sentença de 25 de novembro de 2004. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf. Acesso em: 26 out 2021.

CONSELHO DA EUROPA. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09 de março de 2016. (Reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>. Acesso em 11 nov. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (org). *Doutrinas Essenciais*. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A nova lei de abuso de autoridade*. Lei 13.869/2019 comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

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.

PUNTE, Ana María Ovejero (Ed). *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*. III Sesión del Observatorio de la Presunción de inocencia y los juicios paralelos. Instituto de Derecho Público Comprado de la Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.

SIMANTOB, Fabio Tofic. Comentários ao art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BREDI, Juliano. (Org). *Comentários à Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; LORENZONI, Pietro Cardia. *Comentários à nova lei de abuso de autoridade*. Artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

Recebido em: 24.05.2021 - Aprovado em: 16.10.2021 - Versão final: 17.11.2021