

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

DIREITO À VERDADE

A história recente da América Latina registra décadas em que, com o apoio de potências estrangeiras, por aqui pulularam regimes militares ditatoriais. Todos nós, latino-americanos, padecemos do *modus operandi* de qualquer governo salteador da democracia em que o Estado-Polícia agiganta-se sobre o Estado-Direito: torturas, assassinatos, desaparecimentos, censura à imprensa, sequestro do poder legislativo e solapamento do judiciário, dentre outras desgraças análogas.

No Brasil, o final do regime ditatorial fardado teve como fastígio a Lei da Anistia de 1979 que, causalmente, liga-se mais ao ocaso de um governo militar cansado e vencido do que ao nascedouro de um pujante projeto democrático. Essa circunstância – aliada ao fato de que a tirania não estivera personificada na figura de um ditador, mas repousada sobre nossas forças militares – engendrou certa passividade que tendeu ao esquecimento pela facilidade com que **anistia** foi confundida com **amnésia**.

Essa ausência de resgate fomentou que fosse cultivada certa nostalgia dos tempos em que os direitos individuais encolhiam-se diante da monumental repressão político-policial. Somente agora, com o transcurso de quase três décadas, é que se possibilitou debater a punição criminal dos que, vazios de escrúpulos e plenos de ufanismo importado, fizeram *tabula rasa* da dignidade humana.

O resgate da memória dessa tenebrosa quadra histórica brasileira suscitou esperadas reações dos segmentos conservadores remanescentes daquele período. Vivo desagrado provocaram as indenizações aos perseguidos pela ditadura fardada e as buscas pelos documentos históricos e até pelas ossadas das vítimas. Indignação maior, todavia, no mesmo universo de irrisignados, produziria o recente debate instalado sobre o alcance normativo da Lei de Anistia.

O tom das vozes elevou-se quando, ao editar seu III Plano Nacional de Direitos Humanos – PND, por via do Decreto nº 7.037, de 21-12-2009, sinalizou o Governo Federal com a intenção de simplesmente esclarecer as graves violações aos direitos individuais do findo regime. O recuo do presidente da República, diante da ilegítima pressão, certamente não interessa aos comprometidos com a defesa da dignidade da pessoa humana como primado republicano.

É, pois, nesse contexto que o **IBCCRIM**, coerente com a ideologia que o gerou e com as convicções que

animam a trajetória de luta institucional sua e de tantos parceiros, vem reafirmar seu posicionamento pela crença na supremacia dos valores da dignidade da pessoa humana frente ao insustentável discurso dos que, por via de argumentos anacrônicos, defendem a impunidade pura e simples dos que, criminosamente, entre nós sustentaram a última eclipse democrática.

No Brasil, o final do regime ditatorial fardado teve como fastígio a Lei da Anistia de 1979 que, causalmente, liga-se mais ao ocaso de um governo militar cansado e vencido do que ao nascedouro de um pujante projeto democrático.

Não pode o Brasil, País líder emergente da América Latina, postar-se, em má didática, em descompasso perante as nações vizinhas que, tendo atravessado idêntica provação, no mesmo período, pela mesma opressão militar, souberam prestar contas perante seu povo e a comunidade internacional ao penalizar seus algozes. Imperioso, também para nós, esse resgate histórico, possível, inclusive, pela perquirição da culpa criminal (individualizada) dos agentes que, pela via do cometimento de crimes de lesa humanidade, contribuíram para

a instalação e manutenção da funesta ditadura militar. Aqui, com toda a força e propriedade, deve a sanção penal sinalizar a proteção aos direitos humanos como único fundamento das ordens normativas qualificadas como democráticas e comprometidas com o Estado de Direito.

Forças golpistas, ao atentar pela via armada contra o poder democrático instituído, romperam, de modo irreconciliável, com os pilares de sustentação jurídico-constitucionais do Estado e, por conseguinte, passaram a representar hordas de violadores e não de mantenedores da ordem pública. Como conseqüência lógica, qualquer reação a esse megadelito político implica exercício do direito de resistência e, portanto, não pode ser ilícita em si própria. Afinal, a negação do crime constitui a afirmação do direito: não há, portanto, crime algum em prestigiar o próprio Estado Democrático de Direito e combater, com todos os meios então possíveis de combate, os usurpadores desse mesmo Estado.

Ora, a Lei de Anistia, como positividade emanada de um poder ilegítimo – assinada que está por um general – apenas poderia ter a propriedade de neutralizar os efeitos das normas ilícitas deitadas por esse mesmo governo para, desse modo, fazer cessar os males de seu próprio (des)governo. Isto é, poderia restaurar a cidadania plena de todos os que combatiam a ditadura, pois era dever que lhe impunha; jamais poderia apagar a responsabilidade criminal dos violadores do Estado, porque isso exigia um poder que lhe faltava. A ninguém,

EDITORIAL:

- DIREITO À VERDADE 1
- SOBRE A CONDENAÇÃO SEM JULGAMENTO PREVISTA NO PLS 156/09
Diogo Malan..... 2
- A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (LEI 12.015/2009)
Aury Lopes Jr. 4
- PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E INTERROGATÓRIO: CORRELAÇÕES NECESSÁRIAS
Guilherme Madeira Dezem 6
- "DIREITOS HUMANOS PARA HUMANOS DIREITOS": UM APOTEGMA OU APENAS UM QUIASMO?
Eduardo Augusto Paglione..... 7
- O MINISTÉRIO PÚBLICO DE GARANTIAS
Délio Lins e Silva Júnior..... 9
- BULLYING ESCOLAR E JUSTIÇA RESTAURATIVA
Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente..... 10
- DESAFIOS DA ADVOCACIA CRIMINAL NO BRASIL*
Leônidas Ribeiro Scholz..... 12
- JURI: DECISÃO ABSOLUTÓRIA E RECURSO DA ACUSAÇÃO POR MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS – DESCABIMENTO
Guilherme Madi Rezende 14
- A SÚMULA VINCULANTE N. 26 E A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA, NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE
Ivan Luís Marques..... 14
- O DIREITO DE PRESEÇA E O INFERNO DE SARTRE
Gauthama Fornaciari de Paula 16
- LEI 12.037/09: NOVAMENTE A VELHA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
Eduardo Henrique Alferes..... 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- O PROTESTO POR NOVO JÚRI, A SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO E AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL 1337

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1338
- Superior Tribunal de Justiça1339
- Tribunais Regionais Federais.....1340
- Tribunais de Justiça1341

evidentemente, é dado perdoar a si mesmo.

Temos a clareza de defrontar momento crítico na história brasileira, em que se devem arrostos os temores de retrocessos institucionais para se concretizar a tardia, mas inarredável, ruptura com a mentira e o arbítrio de há pouco. Não é hora do acobardar-se das instituições comprometidas com a sedimentação do ver-

dadeiro Estado Democrático de Direito, mas do empenhar-se em vencer a decisiva prova de restabelecimento da legalidade republicana.

É tempo de o direito penal – duma nação que ainda exhibe cicatrizes em suas liberdades individuais – demonstrar que sua sanha sancionatória não está formatada apenas aos socialmente excluídos, mas, igualmente e

talvez sobretudo, a tiranos e àqueles que praticaram de qualquer modo a tirania. Caso contrário, o direito penal, ainda esta vez, reforçará sua natureza de prevalente seletividade punitiva e tornará axioma a maledicência de quem o compara a uma serpente, por somente ferir aos que andam de pés descalços. A ela, coturnos soem ser resistentes.

SOBRE A CONDENAÇÃO SEM JULGAMENTO PREVISTA NO PLS 156/09

Diogo Malan

“A ameaça de sanção inerente a todo processo acusatório é, queiram ou não os defensores da transação, um elemento de coação que desequilibra a posição jurídica dos contratantes e tende a ser tomado como limitador do consenso como livre manifestação da vontade”.

Geraldo Prado

Atualmente tramita no âmbito do Senado Federal o PLS 156/09, que almeja reforma global do Estatuto Processual Penal ora em vigor.

Esse projeto foi engendrado por Comissão de Juristas presidida pelo ministro **Hamilton Carvalhido**⁽¹⁾, nomeada pela Presidência do Senado Federal a pedido do senador **Renato Casagrande** (Requerimento nº. 227/08).

Como é cediço, o Estatuto Processual Penal em vigor – cujo código genético é 100% ditatorial, *mezzo* fascista, *mezzo* varguista, portanto de cariz nitidamente inquisitivo – assumidamente trata as garantias do acusado como **formalismos estéreis**, a exigir pronto sacrifício no altar da eficiência da persecução penal.

Deve, portanto, ser saudada essa iniciativa de reforma integral da nossa codificação processual penal, ante a imperiosa necessidade de adaptá-la aos valores hauridos do novo regime constitucional democrático e do sistema internacional de tutela dos Direitos Humanos.

Estes últimos são manifestamente **incompatíveis** com a pauta político-criminal autoritária que inspirou o Código de Processo Penal de 1941, pois têm sua fundamentação axiológica no princípio nuclear da **dignidade da pessoa humana** (CR, art. 1º, III), o qual proporciona unidade de sentido ao nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Mercê da inquestionável qualificação jurídica de seus artífices, o PLS 156/09 contém diversos e inegáveis avanços, dos quais são eloquentes exemplos o Título I do Livro I, contendo todos os **princípios estruturais** que dão harmonia, coerência e unidade sistemática ao novo Código (artigos 1º a 7º); as diversas medidas cautelares pessoais alternativas ao encarceramento do acusado (artigos 575 a 596) etc.

Não obstante, há aspecto do PLS 156/09 que desperta considerável preocupação: o

chamado **procedimento sumário**⁽²⁾.

Trata-se do rito aplicável a todas as infrações penais de maior potencial ofensivo cuja pena máxima não exceda 8 (oito) anos, excetuadas aquelas submetidas aos ritos especiais do Tribunal do Júri e da ação penal de competência originária dos Tribunais (artigo 257, § 1º, II e § 2º do PLS 156/09).

Segundo o rito em análise, até o início da audiência de instrução e julgamento as partes processuais podem “consensualmente” requerer ao juízo a aplicação imediata de pena, desde que: (i) haja confissão total ou parcial dos fatos; (ii) a pena seja imediatamente aplicada no seu patamar mínimo legal.

Caso não haja tal “consenso” entre as partes processuais, o procedimento prosseguirá nos termos do rito comum ordinário (artigos 271 e 272 do PLS 156/09⁽³⁾).

Na verdade, o instituto processual penal em exame é muito mais do que simples **procedimento** – na tradicional acepção técnico-processual de **conjunto de atos processuais sucessivos e coordenados**, unidos por vínculo teleológico (normalmente viabilizar provimento jurisdicional de mérito).

O **procedimento sumário** previsto no PLS 156/09, a rigor, se consubstancia em instituto **inédito** no Brasil, pois permite às partes processuais “consensualmente” disporem sobre o próprio processo criminal, ensejando aplicação **imediata** de pena **privativa de liberdade**, sem necessidade de dilação probatória e comprovação empírica da culpabilidade do acusado.

Para tanto basta haver, além do sobredito “consenso”, imputação de infração penal que comporte o rito sumário, confissão e aplicação imediata da pena no patamar mínimo legal.

Interpretação lógico-sistemática do texto do Projeto revela que tal confissão sequer precisa ser **judicial**, pois o “consenso” entre as

partes processuais precisa ocorrer até o início da audiência de instrução e julgamento, portanto **antes** do interrogatório do acusado em juízo (artigos 265, *in fine* e 271 do PLS 156/09).

Trata-se de instituto que guarda notável similaridade com a *plea bargain* anglo-americana⁽⁴⁾, a qual parece ter sido a grande inspiração legislativa daquele.

Em apertada síntese, a *plea bargain* se caracteriza pela negociação entre as partes processuais, com vistas à aplicação **sumária** da pena, **com dispensa do julgamento**. Tal transação envolve as seguintes concessões recíprocas: autoincriminação e renúncia ao julgamento por parte do acusado, em troca de tratamento penal mais favorável. Este último pode ser na modalidade da *charge bargain*, que enseja a exclusão de determinado crime da imputação ou a

desclassificação do delito imputado; ou *sentence bargain*, que acarreta recomendação do acusador ao juiz, no sentido da redução da pena a ser aplicada⁽⁵⁾.

Ao contrário do que se imagina, a *plea bargain* não é uma tradição secular do processo penal anglo-americano e tampouco é aceita de forma pacífica pelos juristas de língua inglesa.

O processo penal da *common law* originalmente desconhecia a *plea bargain*, repudiando acordos dessa natureza no século XVIII⁽⁶⁾. Somente a partir do século XX aparecem registros históricos de frequentes *plea bargains*, simultaneamente a significativo aumento tanto do volume de causas criminais submetidas à justiça criminal norte-americana quanto da complexidade e morosidade do julgamento pelo Tribunal do Júri estadunidense⁽⁷⁾.

Ao que tudo indica, a *plea bargain* – por permitir a aplicação sumária da pena, com dispensa do julgamento – atendeu a interesses político-criminais de cariz **econômico** e **utilitarista**, adaptando os limitados recursos

O procedimento sumário previsto no PLS nº. 156/09 a rigor se consubstancia em instituto inédito no Brasil, pois permite às partes processuais “consensualmente” disporem sobre o próprio processo criminal, ensejando aplicação imediata de pena privativa de liberdade, sem necessidade de dilação probatória e comprovação empírica da culpabilidade do acusado.

do sistema de administração da justiça criminal a crescente fluxo de causas criminais, cujo julgamento perante o Tribunal do Júri era cada vez mais complexo e moroso.

Entretanto, o instituto jurídico em digressão vem sofrendo inúmeras e candentes críticas doutrinárias⁽⁸⁾:

A uma, ele **esvaziou a força normativa** do direito fundamental ao julgamento perante o Tribunal do Júri, previsto na Sexta Emenda à Carta Magna norte-americana. Hoje se estima que mais de 90% das causas criminais não vão a julgamento pelo Tribunal do Júri nos Estados Unidos da América, sendo decididas através de *plea bargains*.

A duas, na prática judiciária ele tem por objetivo, em última análise, **coagir** o acusado a se **autoincriminar** e **renunciar** ao julgamento perante o Tribunal do Júri, pela **ameaça**, explícita ou velada, de aplicação de sanção penal mais gravosa ao final do julgamento.

Assim sendo, ele também sevia mortalmente o núcleo essencial da garantia da paridade de armas, ao hipertrofiar os poderes do acusador: este último, na prática, substitui juiz e jurados, concentrando os poderes de **formular a acusação, julgar a causa e fixar a pena**. Em consequência, são comuns nos EUA acusações artificialmente inflacionadas para uso como moeda de troca e aumento da pressão psicológica sobre o acusado, tudo com vistas a uma futura *plea bargain* mais vantajosa para o acusador (*overcharging*).

A possibilidade de verdadeiro consenso entre acusador e acusado pressupõe: (i) igualdade substancial entre as partes processuais penais; (ii) capacidade de autodeterminação e livre manifestação da vontade do acusado⁽⁹⁾, nenhuma das quais presente na *plea bargain* – a qual, como já visto, funciona com base na **coação do acusado**.

A três, ele suprime a publicidade do julgamento criminal, em favor de um procedimento de negociações secretas entre as partes processuais, inviabilizando assim o controle popular sobre o sistema de administração da justiça criminal.

Por conseguinte, a *plea bargain* compromete a percepção da sociedade acerca da necessária dimensão ética e transparente do processo penal, enquanto instrumento de resolução de conflitos de interesses sociais relevantes.

A quatro, ele favorece decisões penais baseadas – em vez do critério da demonstração empírica da culpabilidade do acusado durante o julgamento – no critério do maior grau de **conveniência pessoal** proporcionado aos diversos operadores jurídicos: a *plea bargain*, pelo seu caráter **sumário**, consome substancialmente menos esforços pessoais e tempo do que o julgamento do mérito da causa.

É lícito supor que esta última característica pode encontrar solo propício nestes trópicos, já fertilizado por caldo de cultura jurídico lusoromano cartorial e burocrático, além de sistema penal cuja clientela preferencial é sabidamente carecedora de assistência jurídica adequada. É real o risco de haver grande aceitação das indisputáveis **comodidades pessoais** oferecidas pela *plea bargain*, vindo esta a gradualmente *substituir*

o *próprio julgamento*, que se tornará **excepcional**.

É certo que inúmeras outras objeções poderiam ser opostas ao procedimento sumário regulamentado nos artigos 271 e 272 do PLS 156/09, com fundamento no caráter irrenunciável da cláusula do devido processo penal (*nulla poena sine iudicio*) e seus corolários lógicos, no princípio da indisponibilidade da ação penal condenatória de iniciativa pública etc.

Nosso modesto objetivo, entretanto, foi tão só o de tentar demonstrar que as origens históricas e as inofensíveis mazelas do instituto da *plea bargain* não devem ser desconhecidas nem desprezadas na reforma do Código de Processo Penal brasileiro.

NOTAS

- (1) Os demais integrantes dessa Comissão foram: **Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral**.
- (2) Nesse sentido, ver carta aberta encaminhada por diversas entidades (Associação Juizes para a Democracia, Associação Nacional dos Defensores Públicos, Associação Paulista de Defensores Públicos, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Defesa do Direito de Defesa) ao senador **Demóstenes Torres**, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <<http://iddd.org.br/imprensa/show/244>>. Acesso em 16.01.2010.
- (3) “Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que: I – haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – a pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal; (omissis) Art. 272. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário”.
- (4) **MUSSO, Rosanna Gambini**. II “plea bargaining” tra common law e civil law. Milano: Giuffrè, 1985.
- (5) Nos termos do artigo 11 das *Federal Rules of Criminal Procedure* norte-americanas.
- (6) “Virtually every prisoner charged with a felony insisted on taking his trial, with the obvious support and encouragement of the court. There was no plea bargaining in felony cases in the eighteenth century” (**BEATTIE, J. M.** *Crime and the courts in England (1660-1800)*, p. 336-337. Princeton: Princeton University Press, 1986). No mesmo sentido: **LANGBEIN, John**. *The origins of adversary criminal trial*, p. 18-20. New York: Oxford University Press, 2003.
- (7) **ALSCHULER, Albert**. Plea bargaining and its history, *In: Law & Society Review*, Amherst, n. 13, p. 211-245, 1978-1979.
- (8) **ALSCHULER, Albert**. Implementing the criminal defendant’s right to trial: Alternatives to the plea bargaining system, *In: University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 50, p. 931-1.050, 1983; **LANGBEIN, John**. On the myth of written constitutions: The disappearance of criminal jury trial, *In: Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, n. 15, p. 119-128, 1992; **LANGBEIN, John**. Torture and plea bargaining, *In: University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 46, p. 03-22, 1978-1979.
- (9) **PRADO, Geraldo**. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*, p. 173 e ss. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Diogo Malan

Advogado. Doutor em Processo Penal pela USP.
Professor adjunto de Processo Penal da PUC-Rio e da UCP.



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª SECRETÁRIA: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,
Carlos Alberto Pires Mendes,
Marco Antonio Rodrigues Nahum,
Sérgio Salomão Shecaira e
Theodomiro Dias Neto

DEPARTAMENTOS:

Coordenadores-chefes

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM

junto ao Olapo: Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COMISSÕES:

Presidentes

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (LEI 12.015/2009)

Aury Lopes Jr.

A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL (LEI 12.015/2009)

Para os crimes contra os costumes (designação utilizada até 2009) praticados até o advento da Lei 12.015/2009, prevalece o entendimento de que a ação penal⁽¹⁾ segue as seguintes diretrizes:

- a) como regra, a ação penal é de iniciativa privada (queixa-crime);
- b) a lesão corporal leve é inerente ao tipo e não altera a natureza da ação penal (ou seja, segue sendo privada);
- c) será pública incondicionada quando ocorrer o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima (Súmula 608 do STF);
- d) a ação será pública condicionada à representação quando a vítima ou seus pais não puderem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (antiga redação do art. 225 do CP);
- e) será pública incondicionada quando o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;
- f) sendo a violência presumida, a ação penal é de iniciativa privada, exceto quando ocorrer alguma das situações anteriormente descritas.

Para os crimes contra a dignidade sexual praticados após o advento da Lei 12.015/2009, o cenário é completamente distinto, pois não mais haverá ação penal privada. Com isso, nos termos da nova redação do art. 225 do Código Penal:

- 1) como regra geral, a ação penal será pública condicionada à representação;
- 2) a ação penal será pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos;
- 3) a ação penal será pública incondicionada se a vítima estiver em situação de vulnerabilidade, ou seja, for menor de catorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência;
- 4) será pública incondicionada quando ocorrer o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima (aplicação da Súmula 608 do STF e as regras do crime complexo, art. 101 do CP).

Portanto, a regra agora é que a ação penal seja de iniciativa pública, mas condicionada à representação da vítima ou seu representante legal.

Excepcionalmente, a ação penal será pública incondicionada (vítima menor de 18 anos, em situação de vulnerabilidade ou na situação

da Súmula 608 do STF - violência que resulte lesão corporal grave, gravíssima ou morte).

Não há mais hipóteses de cabimento da ação penal de iniciativa privada, exceto a ação penal privada subsidiária da pública, que é uma situação de legitimação extraordinária em caso de inércia do Ministério Público, mas que não transforma a ação penal em privada (ela continua sendo pública e regida por suas respectivas regras e princípios).

Importante esclarecer que a Súmula 608 do STF segue com plena eficácia, com a seguinte redação: “Súmula 608 do STF: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

E não poderia ser diferente, pois o estupro com resultado morte ou lesão corporal grave (ou gravíssima) é um crime complexo, sendo neste caso, a ação penal pública incondicionada. Aplica-se nestes casos a regra contida no art. 101 do Código Penal, que determina que a ação penal será pública quando a lei considerar como elementar ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituam crimes de ação penal pública (como o resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima).

No mesmo sentido, afirmando a aplicação do art. 101 do CP e a permanência da Súmula 608 do STF, esclarece Queiroz⁽²⁾ que “incide, pois, o art. 101 do Código Penal, porque tanto a lesão grave quanto a morte são condutas que a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes”. Exatamente por isso, não fosse a previsão legal expressa das circunstâncias qualificadoras nos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal, o agente responderia, em concurso (formal ou material), por estupro e lesão corporal grave ou estupro e homicídio, por serem infrações autônomas”.

Na mesma linha, Cirino dos Santos⁽³⁾ explica que a ação penal de iniciativa pública poderá ser considerada “extensiva” no chamado crime complexo, conforme prevê o art. 101 do Código Penal: “Art. 101. Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Tal situação pode ocorrer num crime de ação penal de iniciativa privada, composto de elementos ou circunstâncias típicas que,

considerados de forma isolada, constituem crimes de ação penal de iniciativa pública. Como explica o autor, sendo de ação penal de iniciativa pública o crime elementar constitutivo do tipo do crime de ação penal de iniciativa privada, opera-se uma extensão da natureza daquela ação (de iniciativa pública), passando a, em termos processuais penais, ser o todo tratado como de ação penal de iniciativa pública.

O mesmo raciocínio se aplica quando o crime for de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação e apresentar elementos ou circunstâncias típicas de um delito de ação penal de iniciativa pública incondicionada. Todo ele passará a ser de ação penal de iniciativa pública incondicionada.

Assim, opera-se uma verdadeira extensão da iniciativa pública para abranger o delito inicialmente considerado de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada, diante do fato de o crime complexo ser composto por elementos ou circunstâncias que, isoladamente considerados, são de ação penal de iniciativa pública incondicionada.

No que se refere à aplicação desta nova lei no tempo, entendemos que:

- a) aplica-se o regime legal antigo para os crimes praticados até o dia 07 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei 12.015/2009, ainda que o processo venha a iniciar-se em data posterior, pois o regime legal mais severo não retroage (irretroatividade das leis penais e processuais penais que restrinjam direitos fundamentais);
- b) os crimes praticados após agosto de 2009 seguem o sistema estabelecido pela Lei 12015/2009 e a nova redação do art. 225 do CP.

Mas um problema irá surgir, como bem identificou Andrade Moreira⁽⁴⁾: “e os crimes praticados antes da Lei 12.015/09, cujo processo iniciou através de denúncia, mas sem prévia representação (logo, ação penal pública incondicionada) e que agora passaram a ser considerados de ação penal pública condicionada, como ficam?”.

Estamos diante de um típico caso de lei processual penal mais benigna e que deverá retroagir (retroatividade da lei processual penal que amplie a esfera de proteção constitucional)⁽⁵⁾, salvo se já houver trânsito em julgado, devendo o juiz ou tribunal suspender o andamento do processo, notificando a

Para os crimes contra a dignidade sexual praticados após o advento da Lei 12.015/2009, o cenário é completamente distinto, pois não mais haverá ação penal privada.

vítima ou representante legal, para que ofereça a representação, sob penal de extinção do processo e da punibilidade pela decadência.

Mas em que prazo?

Como regra, a representação deverá ser feita no prazo de 6 meses (art. 38 do CPP) e, na ausência de qualquer previsão legal específica em sentido diverso, poderia ser seguida essa mesma sistemática.

Contudo, sugerimos outra forma de suprir a lacuna legislativa.

Pensamos⁽⁶⁾ que o melhor caminho é a analogia com o art. 91 da Lei 9099/95, que enfrentou exatamente o mesmo problema da seguinte forma: “Art. 91: Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência”.

Isso se justifica na medida em que esta representação feita no processo já em curso, por decorrência de alteração legislativa, tem uma natureza diversa, não mais como condição de procedibilidade, mas sim de **prosseguibilidade**. Portanto, diante desta nova função, não se justifica a concessão do prazo de 6 meses, na medida em que o processo já está em curso e apenas necessita de uma autorização da vítima para que o Ministério Público possa prosseguir (e não uma autorização para que o Estado possa proceder) com o exercício da pretensão acusatória.

Ademais, diante do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da Constituição), não nos parece razoável suspender o processo (que já está em curso, recordemos) por até 6 meses para aguardar a manifestação da vítima.

Outra questão problemática é em relação à forma da representação.

Prevalece o entendimento de que a representação não tem forma rígida, podendo ser aceita com tal, qualquer manifestação de vontade da vítima no sentido de que o Estado proceda contra alguém. Não há rigidez na forma, portanto, admitindo-se até mesmo que a notícia-crime feita pela vítima supra a condição específica da ação.

Qual a relevância disso em relação à nova redação do art. 225 do CP?

Os crimes anteriormente considerados de ação penal pública incondicionada e que passaram a exigir representação, conduzirão a discussão da aplicação desta sistemática no tempo. Como explicado, pensamos que os processos que estejam nesta situação deverão ser suspensos, notificando-se a vítima para que represente no prazo fixado (ou seja, a problemática em torno do prazo de 6 meses ou 30 dias, como preferimos).

Inobstante, surgirão vozes sustentando que se a representação não tem forma rígida e, portanto, estará suprida pela notícia-crime e até mesmo pelo eventual depoimento da vítima em juízo, onde manifestou sua vontade de que o fato fosse apurado e o réu punido.

Mas, antecipando-nos a essa posição, sublinhamos seu equívoco, pois é uma forma de **recusa ao**

novo para que a situação continue igual.

Não se pode igualar o tratamento da representação - que tem natureza jurídica de condição de procedibilidade (necessária para que o Ministério Público possa proceder contra alguém) - com a condição de prosseguibilidade (quando há alteração legislativa que passa a exigir a representação nos processos em curso). Neste segundo caso, que nos interessa agora, a representação não pode ser suprida pelas manifestações anteriores da vítima, pois não se trata de autorização genericamente a investigação e persecução estatal (como na representação tradicional), senão de – no caso concreto – permitir que o Estado prossiga com um processo já existente.

Há uma nova situação que deve ser ponderada, cabendo à vítima decidir se – conforme sua conveniência – deseja autorizar a continuidade do processo ou não. Necessariamente ela deve ser ouvida, pois se, por qualquer motivo, não tiver interesse na continuidade do processo, deverá ter o poder de extingui-lo. É completamente diferente a representação tradicional, que constitui uma autorização genérica para o Estado proceder, com a condição de **prosseguibilidade**, em que já existe um fato processual determinado e um réu definido.

Portanto, pensamos que é imprescindível uma nova manifestação da vítima, pois a situação jurídico-processual é completamente distinta, não suprimindo as genéricas manifestações anteriores.

Dessarte, destacando que não existe até o momento uma posição jurisprudencial consolidada, opinamos pela aplicação analógica do art. 91 da Lei 9099/95 para a concessão do prazo de 30 dias para que a vítima satisfaça a condição de **prosseguibilidade**, sob pena de não o fazendo, ser extinta a punibilidade pela decadência, não suprimindo as manifestações anteriores.

NOTAS

- (1) Para aprofundamento das questões aqui tratadas, sugerimos a leitura de nossa obra “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, volumes 1 e 2, publicada pela editora Lumen Juris.
- (2) **QUEIROZ, Paulo.** *Ação Penal no atual Crime de Estupro*. Disponível no site www.pauloqueiroz.net em 17/09/2009.
- (3) **CIRINO DOS SANTOS, Juarez.** *Direito Penal – Parte Geral*, pp. 665 e ss.
- (4) **ANDRADE MOREIRA, Rômulo.** *Ação Penal nos Crimes Contra a Liberdade Sexual e nos Delitos Sexuais contra Vulnerável – A Lei nº 12.015/09*. Disponível nos sites www.jusnavigandi.com.br, www.jusvigilantibus.com.br e www.juspodivm.com.br em 26 de agosto de 2009.
- (5) Sustentamos, na mesma linha de **Paulo Queiroz** e **Antonio Vieira** (*Boletim do IBCCRIM* n. 143), a retroatividade da lei processual penal que amplie a esfera de proteção de direitos fundamentais, diante da necessária conformidade constitucional da clássica teoria da imediatidade (sobre o tema consulte-se nossa obra *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, volume 1).
- (6) No mesmo sentido, **Rômulo Andrade Moreira**, no artigo anteriormente citado.

Aury Lopes Jr.

Advogado criminalista. Doutor em Direito Processual Penal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.



COORDENADORIAS REGIONAIS:

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores-Regionais:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):
João Guilherme Lages Mendes

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):
Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):
Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):
Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):
Márcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):
Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):
Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):
Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):
João Daniel Rassi

11ª REGIÃO (PR):
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):
Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do *Boletim do IBCCRIM* encontra-se em nosso site”.

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax: (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: 3340-3344

“O *Boletim do IBCCRIM* circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”.

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonia	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório	4
Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9

www.ibccrim.org.br

E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e

boletim@ibccrim.org.br

PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E INTERROGATÓRIO: CORRELAÇÕES NECESSÁRIAS

Guilherme Madeira Dezem

“Triste época. É mais fácil desintegrar um átomo que um preconceito”.

Albert Einstein

As alterações havidas no sistema processual penal, no que se refere à colheita da prova testemunhal e ao interrogatório, provocaram importante mudança de paradigma em nosso sistema que não foram ainda adequadamente compreendidas em toda a sua extensão. Neste artigo, pretende-se analisar algumas providências necessárias para que se possa adequadamente cumprir o quanto pretendido pelo legislador, especialmente no que se refere à colheita da prova testemunhal em relação ao interrogatório.

O interrogatório é meio de defesa e é importante que se note esta sua natureza jurídica para que, adequadamente, possa-se entender como esta concepção altera a forma de produção da prova testemunhal⁽¹⁾ e do próprio interrogatório.

Admitir que o interrogatório é meio de defesa tem por implicação necessária reconhecer que o acusado, quando da realização do ato do interrogatório, deve ter plena e prévia ciência do material probatório existente nos autos contra ele. Só assim poderá prestar seu depoimento com o sentido que a promessa constitucional da ampla defesa exige. Esta é a posição sustentada neste texto e daí se retirarão importantes e pragmáticas consequências.

O acusado é sujeito de direitos no sentido apresentado por **Luigi Ferrajoli**: *“Soggetto giuridico” é chiunque sia centro d'imputazione di atti o di situazioni giuridiche*⁽²⁾. Por ser sujeito de direitos, é titular de situação jurídica ativa⁽³⁾ e pretende-se analisar abaixo estas posições sob a ótica da ampla defesa, da prova testemunhal e do interrogatório.

A ampla defesa possui dupla manifestação: autodefesa e defesa técnica. Na vertente da auto defesa que ora interessa, tem-se que o acusado tem direito ao conhecimento de todo o material probatório que é produzido contra ele, daí o porquê se falar que a autodefesa possui dois aspectos, o direito de audiência e o direito de presença. Quanto a este último aspecto, esclarecem **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Magalhães Gomes Filho** e **Antonio Scaranes Fernandes**: *“O segundo [direito de presença] manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas*⁽⁴⁾.

Neste sentido destaca-se a manifestação de **Julio Maier**: *“... el derecho de defensa Del imputado comprende la facultad de intervenir em el procedimiento penal abierto para decidir acerca*

de una posible reacción penal contra el y la de llevar a cabo em el todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal Del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenue...”⁽⁵⁾.

Da mesma forma esclarece **Stefan Seiler** que este conhecimento é necessário e integra a chamada defesa necessária: *“Zu seiner Verteidigung darf der Beschuldigte auch behaupten, dass Zeugen, die ihn belasten, lügen, und ihnen damit wider besseres Wissen eine falsche Beweisaussage vorwerfen, denn dies geschieht im Rahmen notwendiger Verteidigung”*⁽⁶⁾.

É importante que se tenha em vista que o interrogatório do acusado somente pode se dar quando a ele acusado é dado o pleno conhecimento da causa e isso não significa dar conhecimento tão somente da acusação mas, também, do material probatório que é produzido contra ele.

Trata-se de direito fundamental do acusado o conhecimento do material probatório contra ele produzido em audiência ou mesmo fora dela (no caso de testemunha de acusação ouvida por carta precatória, por exemplo) que não pode ser ignorado a pretexto de realização do ato de maneira mais rápida ou algum outro argumento meramente retórico.

Interrogatório e retirada do réu da sala de audiências

O artigo 217 do Código de Processo Penal permite, em situações extraordinárias, que se retire o réu da sala de audiências caso não seja possível a tomada do depoimento das testemunhas por videoconferência. A maioria dos fóruns do País certamente vive esta situação: dada a ausência de material para a videoconferência, realiza-se a tomada de depoimentos na ausência do réu.

Contudo, para que se possa adequadamente ser realizado o interrogatório (tido, insista-se, como meio de defesa), deve o réu ter acesso ao conteúdo dos depoimentos das testemunhas que depuseram na sua ausência.

Vale dizer, deve o magistrado franquear o acesso aos termos de depoimento das testemunhas para que, apenas então, o acusado possa ser interrogado. Caso este procedimento não seja efetivado e o interrogatório se dê sem o conhecimento do material probatório produzido sem a presença do acusado, não se terá o interrogatório como meio de defesa, desnaturando-se sua natureza jurídica.

Não se pode aceitar mais passivamente a distinção tão comum em alguns meios entre o discurso dos direitos fundamentais e sua práxis. De nada adianta que sejam escritas páginas e páginas de tratados científicos

assegurando-se o interrogatório como meio de defesa, se não se permite ao acusado a simples providência de ter acesso ao material probatório que foi produzido contra ele na sua ausência.

Para que o acusado possa ser adequadamente interrogado e fazer valer este ato como meio de defesa, deve ter acesso aos depoimentos das testemunhas que contra ele depuseram na sua ausência.

Interrogatório do acusado colhido por carta precatória

Na situação anterior discutiu-se a hipótese em que o acusado é retirado da sala de audiências para a colheita da prova oral. Agora se pretende a discussão de segundo aspecto: não raras vezes o interrogatório do acusado é colhido por meio de carta precatória, de forma a cindir a audiência de instrução, debates e julgamento.

Ora, esta hipótese não se distingue substancialmente da anterior. Também não se pode ter o interrogatório como verdadeiro meio de defesa se a precatória não for instruída com cópias dos depoimentos da testemunhas que foram ouvidas.

Vale dizer, para que o interrogatório possa efetivamente constituir-se como meio de defesa, também aquele que é ouvido em comarca distinta daquela em que o processo tramita deve ter o direito de ter acesso ao conteúdo probatório das testemunhas que foram ouvidas perante o juízo da causa.

Este material probatório deve ser disponibilizado pelo próprio juízo deprecante, pouco importando tratar-se de acusado com defensor dativo ou constituído, uma vez que não há distinção legal para a incidência do princípio da ampla defesa nesta situação.

Da mesma forma, antes da audiência para oitiva do acusado o magistrado deve permitir que ele tenha efetivo acesso a este material. Não se pode descurar que muitos dos acusados são defendidos por defesa dativa que, nestes casos, não costuma ter efetivo contato com o acusado.

Assim, para que se possa dar concretude à promessa constitucional da ampla defesa, o magistrado deve efetivamente dar ciência ao acusado do conteúdo da prova testemunhal colhida contra ele antes do início de seu interrogatório⁽⁷⁾.

Conclusão

Um sistema processual não pode conviver com a dualidade do discurso da garantia dos direitos fundamentais e com a práxis cega que não assegura ao acusado os mínimos procedi-

mentos decorrentes destes direitos.

É preciso que se supere a fase do discurso pelos direitos fundamentais em direção à prática destes direitos fundamentais.

Permitir que o acusado tenha acesso ao conteúdo probatório da prova oral que contra ele foi colhida antes de seu interrogatório significa passar-se do discurso do interrogatório como meio de defesa para a prática do interrogatório como meio de defesa. Só então preconceitos poderão ser quebrados mais facilmente do que átomos. Trata-se de medida simples que, ao mesmo tempo, permite dar concretude ao princípio constitucional da ampla defesa.

BIBLIOGRAFIA

- FERRAJOLI, Luigi.** *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 3. La sintassi del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCA FERNANDES, Antonio.** *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009
- MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal, I, Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004

SEILER, Stefan. *Strafprozessrecht*. 9 ed. Wien: Facultas.wuv, 2008

NOTAS

- (1) Acompanhamos a posição daqueles que vêm no interrogatório meio de defesa mesmo antes da modificação de sua posição no procedimento. Não é porque houve modificação da posição de um ato no procedimento que sua natureza jurídica foi alterada. Aliás, para aqueles que assim entendem, ficaria difícil sustentar que o interrogatório no processo penal era meio de prova e no Juizado Especial Criminal meio de defesa, visto que nesta lei especial já era o último ato do procedimento antes dos debates e da sentença. Também é a posição do STF conforme se depreende do HC 94.016 que tem por relator o min. **Celso de Mello** e julgado em 16.09.08.
- (2) **FERRAJOLI, Luigi.** *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. , vol.3. La sintassi del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007, p. 228.
- (3) Novamente aqui tem-se a lição de **Ferrajoli** no sentido de que “*I soggetti giuridici titolari di diritti soggettivi positivi o negativi sono sempre in rapporto giuridico con i soggetti giuridici imputati delle garanzie primarie consistenti nei doveri positivi o negativi corrispondenti ai diritti garantiti*” (T10.209, in op cit p. 641).
- (4) **GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCA FERNANDES, Antonio.**

As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

- (5) **MAIER, Julio B. J.** *Derecho Procesal Penal, I, Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 547.
- (6) **SEILER, Stefan.** *Strafprozessrecht*. 9 ed. Wien: Facultas.wuv, 2008, p. 68. Em tradução livre: Em sua defesa o acusado poderá afirmar que as testemunhas que o acusam mentiram e acusá-las de declaração falsa, e isso se dá no contexto da defesa necessária.
- (7) Não se pode esquecer, neste aspecto, que a função judiciária é também uma função de garantia como bem afirma **Ferrajoli** em seu teorema 12.52: “*La funzione giudiziaria è una funzione di garanzia*”, in op cit p. 811 e que a jurisdição é a atuação da função de garantia que é a função judiciária (teorema 12.55, p. 813). Da mesma forma, deve-se ter em conta que, para Ferrajoli, “*La giurisdizione è La attuazione della garanzia secondaria dell’annullabilità degli atti invalidi o della responsabilità per gli atti illeciti*” (teorema T12.58, in op cit p. 815).

Guilherme Madeira Dezem

Mestre em Processo Penal pela Universidade de São Paulo e doutorando pela mesma instituição. Professor de Direito Processual Penal em cursos de graduação e de pós-graduação. Juiz de Direito em São Paulo.

“DIREITOS HUMANOS PARA HUMANOS DIREITOS”: UM APOTEGMA OU APENAS UM QUIASMO?

Eduardo Augusto Paglione

“As palavras são signos aprendidos, marcas de uso cultural e, a um só tempo, traços riscados pelas pulsões indestrutíveis da vida e da morte”.

Alfredo Bosi

Quando se fala em Direitos Humanos, as reações são geralmente diversas, dependendo do círculo onde o assunto é tratado. Mas é sempre preferível que um tema desperte discussão a apatia. Porém, discussão a respeito de uma idéia envolve conceitos assimilados (preconcebidos), o que se admite. Não se admite, entretanto, preconceitos (assim entendida uma hostilidade ou intolerância decorrente de ideia generalizada e não questionada). Vale esclarecer: pré-conceitos são normais (e até necessários, pois ninguém pode discutir sobre o que sequer conhece); preconceitos são execráveis em qualquer debate.

Em virtude do tema a que nos propomos, é conveniente, primeiro, estabelecer algumas noções. A mais difícil delas é a de direitos humanos e, por isso, vamos deixá-la para depois. Começemos com as mais simples.

Apotegma, ensina **Sebastião Cherubim** (1989, p. 17) é “*sinônimo de aforismo, máxima e outros termos equivalentes*”; trata-se de uma forma de manifestar um pensamento “*de modo lapidar, conciso e claro*” e que encerra “*um saber baseado na experiência de*

figuras ilustres antigas e digno de lembrança e imitação”. Exemplos não faltam e, para não nos perdermos, fiquemos com **Celso**: “*jus est ars boni et aequi*” (que **Carlos Maximiliano** traduz como “*o Direito é a arte do bem e da equidade*” – 1991, p. 170). Na cultura jurídica, as máximas e brocardos sobejam e a elas **Carlos Maximiliano** dedica um capítulo de sua clássica obra sobre Hermenêutica (1991, p. 239 e seguintes).

Já o quiasmo é a figura de linguagem consistente na repetição de palavras com a inversão da ordem (**CHERUBIN**, 1989, p. 56). O termo vem do grego “*khiasmós*” (**HOUAISS, VILLAR**, 2001, p. 2.357) e significa disposição em cruz; como figura de linguagem, trata-se da repetição de palavras em forma cruzada (invertida), formando um paralelo. É um recurso que teve grande aplicação, por exemplo, na literatura barroca, como nestes belos exemplos do “Sermão da Terceira Dominga *Post Epiphaniam*”, de 1641, do **Padre Antonio Vieira**: “*Eu [...] posso quanto quero, porque só quero quanto posso*” (1993, p. 525) e “*quem quer menos do que pode, sempre pode mais do que quer*” (*id.*, p. 537). Do mesmo sermão, um exemplo do que, com apoio de **Eugênio Gomes**, poderíamos chamar de **figura serpentinata** (1975, p. 10) da prosa barroca: “*o rico que quer mais do que pode, é pobre; e o pobre que quer menos do que pode, é rico. O rico que quer mais do que pode, é pobre,*

porque lhe falta o mais que quer; e o pobre que quer menos do que pode, é rico, porque lhe sobeja o mais que pode” (1993, p. 537-538).

Temos, assim, que o apotegma é uma máxima e o quiasmo um recurso de inversão dos termos de uma frase. Portanto, “*direitos humanos para humanos direitos*” tanto pode ser um, como outro, como ambos. Que é um quiasmo, não nos resta dúvida: “*direitos*” é substantivo, “*humanos*” é adjetivo e “*para*” preposição simples que subordina os elementos que introduz, ou seja, “*humanos*”, agora como substantivo, e “*direitos*”, como adjetivo. Teríamos, então:

Substantivo	+	adjetivo	+	preposição	+
Direitos		humanos		para	
		+	substantivo	+	adjetivo
			humanos		direitos

Haveria nesta figura de retórica algum ensinamento (apotegma) a ser seguido? Para tanto, necessário responder à terceira pergunta sugerida pelo título. O que são direitos humanos? **Alessandra Facchi**, apoiada em **Norberto Bobbio**, lembra a variação histórica da ideia de direitos humanos e a dificuldade de se estabelecer um conceito a respeito deles (2007, p. 14, nota 10). Entretanto, aponta a autora que os direitos humanos são a expressão dos valores e necessidades essenciais da pessoa humana (*ibid.*). Ou, como ensina **Manoel**

Gonçalves Ferreira Filho, “*esses direitos são as prerrogativas que, por emanarem diretamente da natureza humana, são intangíveis, inalienáveis, imprescritíveis*” (2007, p.15-16). Portanto, quando falamos dos direitos humanos, queremos dizer sobre aqueles direitos ínsitos aos homens, decorrentes apenas de sua condição humana e absolutamente invioláveis.

Ora, se os direitos humanos se referem a garantias inerentes ao ser humano, a sua defesa não pode ser limitada a determinados grupos ou pessoas em condições específicas. Há de ser ampla e abrangente e, assim, compreender a todos. Assegurar os direitos humanos a “humanos direitos” exigiria, primeiramente, estabelecer quem seriam estes. São humanos direitos os que cumprem as leis? Mas quem cumpre todas as leis? E quem cumpre as leis é “direito”? Não foi a escravidão suportada por muito tempo em normas legais? E quem não comete, ainda que eventualmente, alguma ilegalidade? Portanto, aquele que cumpre a lei não é exemplo de “humano direito”. Seria aquele que segue os princípios morais? Em discurso de 1891, **Rui Barbosa** já alertava: “*Jogar com os princípios, quando eles coincidem com as nossas conveniências, e desprezá-los, quando eles as contrariam, é o vezo e a desgraça dos povos sem moral política nem educação liberal, como o nosso*” (1949, p. 301). A atualidade do pensando do jurista baiano desautoriza estabelecer que seriam “humanos direitos” aqueles que os princípios morais assim indicam.

Críticos mais radicais poderiam argumentar que, para a sociedade atual, seriam “humanos direitos” apenas os brancos, com nível superior e integrantes, no mínimo, da classe média. Mas radicalismos servem mais para obstruir do que para ampliar entendimentos e debates.

Por outro lado, não seriam “humanos direitos” os infratores das normas penais e que vivem à margem dos benefícios do Estado? Pessoas que moram em favelas sem serviço de água e esgoto, sem segurança, sem escola? É óbvio que moradores de favelas não são criminosos, assim como se sabe que aqueles a quem o Estado menos dá atenção poderão ter menos respeito pelas normas do próprio Estado. Surge, nestes, a dúvida: por que alguém iria respeitar as ordens de quem sequer lhe dá ouvidos?

Não se pode, portanto, definir “humanos direitos”. Até porque, se tal fosse possível, teríamos de criar a categoria de “humanos-não-direitos” ou “humanos tortos” o que seria de mais difícil, senão impossível, conceituação.

Direitos humanos são para humanos, sejam eles “direitos” ou “tortos”. Afinal, “tortos”, já nos ensina **Drummond**, no “Poema das sete faces”, podem ser até os anjos. A todos – sejam ou não reconhecidos e respeitados pela sociedade na qual se encontram – corresponde, na clássica expressão de **Hannah Arendt**, “*a existência de um direito de ter direitos*” (2007, p. 330). E esse “direito a ter direitos”, como

deixa bem claro a filósofa, se aplica até mesmo àqueles que não integram juridicamente o Estado, como é caso dos apátridas; tal direito socorre os “humanos direitos” e os humanos sequer reconhecidos pelo Direito.

O que não se pode admitir é que entidades que tenham por objetivo a defesa dos direitos humanos limitem-se a reconhecê-los apenas em um segmento da população, em prejuízo de outros. Da mesma forma que não se pode pretender que aqueles que tenham o Estado ao seu lado, contem com apoio institucional ou de órgãos de classe, mereçam o mesmo tratamento daqueles que jamais tiveram qualquer apoio para se organizar ou para quem o Estado jamais voltou os olhos preventivos, mas tão somente os repressivos.

Verifica-se, assim, que a expressão “*direitos humanos para humanos direitos*” jamais pode ser considerada um apotegma, embora há de ser reconhecida como um quiasmo (ou uma **antimetábole**, para os mais exigentes em terminologia). A expressão mal disfarça uma verdadeira antítese, que, em linguística, “*é um modo de expressão, que consiste em opor no mesmo enunciado duas palavras, ou grupo de palavras, de sentido oposto*” e cujo uso é “*frequente na forma adversativa: uma negação à qual se opõe uma afirmação, ou vice-versa*” (**Dubois** et al., 1993, p. 56). Assim, a limitação aos “humanos direitos” seria a negação da existência dos direitos humanos, uma vez que o reconhecimento de sua realidade é absolutamente incompatível com qualquer forma de exclusão ou limitação. Como assegurar direitos humanos para “humanos direitos” se não há como definir “humanos direitos”...? Como afirmar que os direitos humanos se prestam a defender uma parcela da população e não outra, de igualmente humanos? Então não estamos falando de direitos humanos, mas sim de direito de grupos humanos – e aqui não podemos nos esquecer que discurso semelhante sustentou políticas segregacionistas como a de **Adolf Hitler**, para ficarmos em um dos mais lúgubres exemplos.

Todas as pessoas têm direito à proteção de seus direitos. Como afirma **Hannah Arendt**, com o peso de sua história pessoal, todos têm direito a ter direitos. E tal proteção há de ser efetiva, porque simular proteção é o mesmo que negá-la.

A proteção há de se apoiar na lei. Para tanto, além de legítima, a lei deve ser conhecida por todos, uma vez que é no princípio da legalidade que se assenta o tão buscado Estado Democrático de Direito. A consciência do valor da norma e de sua legitimidade é requisito

imprescindível para que os direitos humanos sejam respeitados e exercidos. Em discurso de 1914, **Rui Barbosa** já advertia que é “*o maior dos males fazer crer ao povo, fazer crer aos pequenos e aos humildes que a lei não se apóia senão na força, que a lei não respeita a moral, que todos estes sentimentos humanos de respeito ao direito, de observância dos nossos deveres são invenções sem valor, que não existem senão para aqueles que as não podem violar*” (1948, p. 89).

O cumprimento das leis é, desta forma, o meio para que os direitos humanos sejam assegurados a todos os seus destinatários, quais sejam, todas as pessoas. O Estado pode se valer de formas

diversas para negar esses direitos, utilizar meios eficientes para enganar, manipular, cegar a população: seja por meio do discurso demagógico e populista dos tempos atuais, seja por meio de uma política autoritária e violenta de algumas décadas passadas; ou então, seja por meio de suas instituições compromissadas mais com benefícios pessoais que com o bem comum ou por meio de uma burocracia canhestra cuja função é obstaculizar e não garantir o exercício de direitos.

Tornar os direitos acessíveis a todos é dever do Estado. Conhecer-los e cobrá-los é direito da população. Auxiliar este conhecimento e esta cobrança é a missão de organizações efetivamente vinculadas à defesa dos direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ARENDT, Hannah.** *Origens do totalitarismo* (trad. Roberto Raposo). São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BARBOSA, Rui.** *Obras completas*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, v. 18, t. 1.
- _____. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, v. 41, t. 2.
- CHERUBIM, Sebastião.** *Dicionário de figuras de linguagem*. São Paulo: Livraria Editora Pioneira, 1989.
- DUBOIS, Jean** et al. *Dicionário de Linguística* (trad. Frederico Pessoa de Barros et al). 9ª ed. São Paulo: Cultrix, 1993.
- FACCHI, Alessandra.** *Breve storia dei diritti umani*. Bologna (Itália): Il Mulino, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.** *Estado de Direito e Constituição*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Eugênio.** Apresentação. In: VIEIRA, Antonio. *Sermões*. 7ª ed, Rio de Janeiro: Agir, 1975, p. 5-12.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles.** *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MAXILIANO, Carlos.** *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VIEIRA, Antônio.** *Obras completas do Padre Antônio Vieira*. Porto (Portugal): Lello & Irmão, 1993, vol. I.

Eduardo Augusto Paglione

Delegado de Polícia e Professor da Academia de Polícia Civil de São Paulo.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE GARANTIAS

Délio Lins e Silva Júnior

A Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. Este é o entendimento pacífico esposado por aquela Corte em inúmeros de seus julgados.

Ocorre que diante do quadro que se aproxima, parece o referido texto finalmente estar com seus dias contados.

Muito se tem noticiado na imprensa que a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, criada pelo então Presidente do Senado Federal – senador **Garibaldi Filho** – para atualizar a nossa legislação no referido campo, arcaica e ultrapassada, está por criar no nosso ordenamento jurídico a figura do chamado “juiz de garantias”, a quem caberá a supervisão da condução das investigações pré-processuais e, assim, estará impedido de atuar no processo após oferecimento de denúncia.

A finalidade da referida criação legislativa é nobre e claramente visa a garantir que o juiz possa exercer de forma serena e apropriada sua principal e mais importante missão: julgar com imparcialidade e longe de pressões externas. Tal intenção foi bem resumida pelo periódico *Estado de São Paulo* do dia 12 de janeiro de 2009, quando a comissão responsável pela elaboração do Projeto de Lei sequer havia finalizado seus trabalhos. Ali restou consignado como seria o funcionamento deste “novo juiz”, *in verbis*:

“Para pôr fim a esse problema e assegurar a imparcialidade dos julgamentos, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal instalada pelo Senado quer que dois juízes passem a atuar nas ações criminais, a exemplo do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, na França, na Itália e no México. O primeiro atuará na fase de inquérito como um “juiz de garantias”, tendo competência para controlar as ações policiais, decretar prisões preventivas, autorizar buscas e apreensões e determinar quebra de sigilos. Concluídas as fases de investigação policial e de instrução do processo, o “juiz de garantias” seria substituído por um magistrado que não teve contato com a produção de provas. Ele teria competência para decidir a causa no mérito, julgando os fatos e decidindo com isenção e imparcialidade”.

É certo que o referido projeto ainda não virou lei, porém, partamos aqui da premissa de que a proposta seja aceita para desenvolver nosso texto, cuja ideia – “o Ministério Público de Garantias” – pode até servir como sugestão para inclusão no texto final do projeto.

Nossa proposta, conforme já adiantado, seria a criação do “Ministério Público de Garantias”.

Partindo-se do princípio de que os próprios membros do Ministério Público se escudam

por trás de sua condição constitucional de fiscais da lei para justificar a forma independente, autônoma, e muitas vezes abusiva, com que alguns dos seus vêm agindo, aliado ao fato de que cada vez mais a categoria pretende tomar a frente das investigações criminais, uma alteração da legislação nos moldes aqui propostos passa a se tornar imprescindível.

É certo que no processo penal o Ministério Público desempenha a dupla função de parte supostamente imparcial e de fiscal da lei. É o que se extrai da leitura conjunta dos artigos 129 da Constituição Federal e 257 do Código de Processo Penal, ao disporem, respectivamente, que:

“Art. 129 - São funções institucionais no Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

“art. 257 do Código de

Processo Penal: “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei”.

Ao menos em tese, portanto, não se deveria mais pensar o Ministério Público dentro do processo penal como um mero órgão acusador, mas sim como um verdadeiro zelador do cumprimento do ordenamento jurídico, imparcial como o juiz e combativo como deve ser o bom advogado, mas sempre com o objetivo maior de obter um julgamento justo e em obediência aos princípios e regras vigentes, seja pugnando pela condenação ou pela absolvição.

Não se pode esquecer, porém, que o membro do Ministério Público, bem como o magistrado e o advogado, são seres humanos; têm seus defeitos; preferências; formas de pensar e agir. Permitir que uma mesma pessoa, por mais bem intencionada que seja, se encarregue dos papéis de atuar na fase preliminar, de colheita de provas, opinando e até requerendo medidas cautelares, para depois acusar, é perigoso em demasia.

A imparcialidade total do juiz não passa de uma falácia quando se tem em mente que ele será a mesma pessoa que atuou numa fase pré-processual, deferiu medidas constritivas das mais variadas, determinou prisões, quebras de sigilos telefônicos, fiscais, bancários, telemáticos etc; e, posteriormente, dará andamento ao futuro processo e ao final julgará o acusado.

Com relação ao membro do Ministério

Público, a fantasia é ainda mais evidente, pois a ele cabe, como dito, opinar com relação aos requerimentos das mesmas medidas referenciadas no parágrafo anterior, e até mesmo em alguns casos fazê-las, na medida em que vislumbra a possível existência de crime. Certamente, portanto, existirá uma tendência natural destinada a pugnar pela legalidade das provas que ajudou a produzir e, principalmente, defender a acusação que optou por propor, o que poderá ser atenuado caso um outro colega, alheio à forma como houve produção das provas e ao seu conteúdo, com olhos imparciais, analise os elementos probatórios e, aí sim, decida pelo oferecimento ou não de denúncia.

O perigo foi atentado pela Comissão revisora com relação ao papel do julgador ao criar o tal “Juiz de Garantias”, mas parece ter sido esquecido com relação ao órgão responsável pela propositura da ação penal, pois nada existe no texto nesse sentido.

Mesmo diante de tal omissão, porém, parece certo que se o raciocínio deve ser o mesmo no que tange tanto ao julgador como ao acusador, com maior razão pode-se dizer que se impõe a revisão da inicialmente referida Súmula 234, seja por alteração legislativa caso venha a ser inserida a presente proposta na reforma processual em andamento; seja por força da aplicação por parte do Poder Judiciário da analogia.

De uma ou de outra, o que parece óbvio é que se a um julgador é vedado atuar tanto na fase de colheita de provas como na posterior ação penal, tal proibição deve ser aplicada também ao órgão acusador.

Que venha, portanto, o “Ministério Público de Garantias”. Que venha a real separação entre acusador e fiscal da lei. Que venha o sistema acusatório em sua essência. Que se vá a Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça e seus resquícios inquisitoriais.

A finalidade da referida criação legislativa é nobre e claramente visa a garantir que o juiz possa exercer de forma serena e apropriada sua principal e mais importante missão: julgar com imparcialidade e longe de pressões externas. Tal intenção foi bem resumida pelo periódico *Estado de São Paulo* do dia 12 de janeiro de 2009, quando a comissão responsável pela elaboração do Projeto de Lei sequer havia finalizado seus trabalhos.

Délio Lins e Silva Júnior

Advogado. Conselheiro Seccional

eleito para o triênio 2010/2012 na OAB/DF.

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Especialista em Direito Penal Econômico, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Doutorando em Direito Processual Penal pela Universidade de Buenos Aires.

BULLYING ESCOLAR E JUSTIÇA RESTAURATIVA

Alexandre Morais da Rosa e Neemias Moretti Prudente

O objetivo deste ensaio é tecer algumas considerações sobre o *bullying*, sobretudo quando ocorre no âmbito escolar, e apresentar a justiça restaurativa como uma das formas de resolver os conflitos que envolvem a prática do fenômeno.

O *bullying* é uma prática presente no cotidiano, um problema mundial que todas as sociedades, desenvolvidas ou em desenvolvimento, enfrentam. Embora a maioria das pessoas desconheça o fenômeno, sua gravidade e abrangência, ultimamente este fenômeno tem chamado a atenção e aos poucos está sendo reconhecido como causador de danos e merecedor de medidas para sua prevenção e enfrentamento.

O *bullying* (termo inglês que significa intimidar, intimidar) é um fenômeno que pode ocorrer em qualquer contexto no qual os seres humanos interagem, tais como, nos locais de trabalho (*workplace bullying*, *mobbing* ou assédio moral, como vem sendo chamado no Brasil), nos quartéis, no sistema prisional, na igreja, na família, no clube, através da internet (*cyberbullying* ou *bullying* digital) ou do telefone celular (*mobile bullying*), enfim, em qualquer lugar onde existam pessoas em convivência⁽¹⁾.

Todavia, é principalmente no ambiente escolar que a prática está mais presente. Ela pode acontecer em qualquer parte da escola, tanto dentro, como fora. Ainda que não tão visíveis quanto agora, este fenômeno pode ser encontrado em toda e qualquer instituição de ensino. A escola, que não conhece o assunto, que não desenvolve programas ou afirma que lá não ocorre *bullying*, é provavelmente aquela onde há mais situações desta prática⁽²⁾.

Mas, o que é *bullying* escolar? Numa definição bastante utilizada no Brasil, o termo *bullying* “compreende todas as formas de atitudes agressivas, intencionais e repetidas, que ocorrem sem motivação evidente, adotadas por um ou mais estudantes contra outro(s), causando dor e angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder, tornando possível a intimidação da vítima”⁽³⁾. Segundo Dan Olweus, cientista norueguês, o comportamento agressivo e negativo, os atos executados repetidamente e o desequilíbrio de poder entre as partes são as características essenciais do fenômeno⁽⁴⁾.

Os protagonistas do *bullying* nas escolas são: os alunos-alvo/vítima (que sofrem o *bullying*), os alunos-autores/agressores (que praticam o *bullying*) e os alunos testemunhas/espectadores (que assistem aos atos de *bullying*)⁽⁵⁾.

Entre as atitudes agressivas mais comuns praticadas pelo *bully* “valentão, brigão, tirano” estão às ofensas verbais (v.g. apelidos ofensivos, vergonhosos), agressões físicas (v.g. bater,

chutar, empurrar, ferir, agarrar), e sexuais (v.g. estupro), maus-tratos, humilhações, intimidação, exclusão, preconceitos e discriminação (v.g. em razão da cor, da opção sexual, das diferenças econômicas, culturais, políticas, morais, religiosas), extorsão (v.g. “cobrar pedágio” ou extorquir o dinheiro do lanche), perseguições, ameaças, danos materiais, envio de mensagens, fotos ou vídeos por meio de computador ou celular, bem como postagem em *blogs* ou *sites* cujo conteúdo resulte em sofrimento psicológico a outrem⁽⁶⁾.

Geralmente a vítima de *bullying* é escolhida conforme características físicas, psicológicas ou de comportamento diferenciado. O alvo da agressão costuma ser quem o grupo considera diferente (v.g. o gordinho, o magrinho, o baixinho, o calado, o pobre, o CDF, o deficiente, o crente, o preto, o “quatro olho” etc.)⁽⁷⁾. As vítimas podem apresentar os seguintes sinais e sintomas, entre eles, baixa autoestima, dificuldade de relacionamento social e no desenvolvimento escolar, ansiedade, estresse, evasão escolar, atos deliberados de autoagressão, alterações de humor, apatia, perturbações do sono, perda de memória, desmaios, vômitos, fobia escolar, anorexia, bulimia, tristeza, falta de apetite, medo, dores não especificadas, depressão, pânico, abuso de drogas e álcool, podendo chegar ao suicídio e até atos de violência extrema contra a escola⁽⁸⁾.

Aliás, agressores e vítimas têm grandes chances de se tornarem adultos com comportamentos antissociais, podendo vir a adotar, inclusive, atitudes criminosas⁽⁹⁾.

Na escola, o *bullying* não afeta apenas o agressor e a vítima, mas também as testemunhas, que são alunos que não sofrem nem praticam *bullying*, mas convivem com o problema e se omitem por medo ou insegurança. Presenciam muitas vezes o abuso, mas calam-se, por que, se delatarem o autor, poderão se tornar as “próximas vítimas”. Daí a omissão, o silêncio. Mas elas terminam por serem cúmplices da situação. Muitas se sentem culpadas por toda a vida⁽¹⁰⁾.

Segundo pesquisa divulgada em 2008 pela organização não-governamental Internacional Plan, por dia, cerca de 1 milhão de crianças em todo o mundo sofre algum tipo de violência nas escolas⁽¹¹⁾. Já Numa pesquisa publicada, também em 2008, pela

Faculdade de Economia e Administração da USP – pesquisa feita em 501 escolas com 18.599 estudantes, pais e mães, professores e funcionários da rede pública de todos os Estados do País – pelo menos 10% dos alunos relataram ter conhecimento de situações em que alunos, professores ou funcionários foram vítimas do *bullying*. A maior parte (19%) foi motivada pelo fato de o aluno ser negro. Em segundo lugar (18,2%) aparecem os pobres e depois a homossexualidade (17,4%). No caso dos professores, o *bullying* é mais associado ao fato de ser idoso (8,9%). Entre funcionários, o maior fator para ser vítima de algum tipo de violência - verbal ou física - é a pobreza (7,9%).

A deficiência, principalmente mental, também é outro motivo para ser vítima⁽¹²⁾.

Pesquisas do tipo têm comprovado, enfim, aquilo que os estudiosos do tema têm sustentado há muitos anos: o *bullying* é prática cotidiana e os seus efeitos podem mesmo ser devastadores. Aliás, o aumento de visibilidade do fenômeno, através dos conhecimentos adquiridos com os estudos, devem ser utilizados para orientar e direcionar a formulação de políticas públicas e para delinear técnicas de identificação e enfrentamento do problema, buscando respostas adequadas que possam reduzir o fenômeno de forma eficaz.

Não há dúvida de que esta prática necessita de respostas. As respostas repressoras (como a expulsão de alunos ou recorrer ao judiciário) são válidas, mas nem sempre é a solução mais adequada, por isso devem ser evitadas, tanto quanto possível. Assim, devem-se privilegiar mecanismos alternativos/complementares de resolução de conflitos, como a justiça restaurativa.

Imagine a cena: um aluno ofende um colega de sala com um apelido humilhante. Pouco tempo depois, a pedido da vítima, os dois se reúnem na presença de outras pessoas (famílias, professores etc.) e, após das devidas desculpas, é feito um acordo para que o confronto não volte a acontecer. Sem mágoas. Isso é possível? Sim, além de possível tem se mostrado muito eficiente através da implementação da justiça restaurativa nas escolas, entre estudantes e entre os mesmos e os respectivos quadros executivos e administrativos.

As práticas restaurativas nas escolas são centradas não em respostas repressoras e punitivas, mas numa forma reconstrutiva das relações e

preparativas de um futuro convívio respeitoso. Os processos restaurativos (mediação, conferências familiares ou círculos) proporcionam a vítima e o agressor, e outros interessados no caso (v.g. familiares, amigos, comunidade escolar), a oportunidade de se reunirem, exporem os fatos, falarem sobre os motivos e consequências do ato, ouvirem o outro, visando identificar as necessidades e obrigações de ambos. A vítima pode dizer que a atitude a incomoda e ele está mal com isso. O agressor entende o que ocorreu, conscientiza-se dos danos que causou a(s) vítima(s) e assume a responsabilidade por sua conduta, reparando o dano e demonstrando como pode melhorar. Em seguida, firma-se, então, um compromisso. Em muitos casos é possível o arrependimento, a confissão, o perdão e a reconciliação entre as partes. O encontro é acompanhado por um facilitador capacitado para esta prática (v.g. professor, aluno, assistente social, psicólogo), que tem como objetivo ajudar as partes a se entenderem, refletirem e chegarem a uma solução para o caso. Enfim, com a justiça restaurativa, escolas aprendem que, em vez de punir, é melhor dialogar para resolver os conflitos.

No Brasil, embora o *bullying* tenha despertado atenção crescente, ainda são raras as iniciativas e políticas anti-*bullying*. Para se combater o *bullying* é necessário que a sociedade (especialmente a comunidade escolar e os pais) reconheça que o *bullying* existe, é danoso e não pode ser admitido. Todos devem se envolver no problema e, em conjunto, buscarem soluções preventivas e resolutivas para o combate do fenômeno. Uma destas soluções, válidas e eficazes, é a implementação, em todas as escolas, de programas de justiça restaurativa.

Por fim, junte-se a nós e diga não ao *bullying*!

BIBLIOGRAFIA

DEVOE, Jill F; KAFFENBERGER, Sarah. *Student Reports of Bullying: Results From the 2001 School Crime Supplement to the National Crime Victimization Survey*. Statistical Analysis Report.

U.S. Department of Education, National Center for Education Statistics. Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 2005.

ESCOREL, Soraya Soares da Nóbrega; BARROS, Ellen Emanuelle de França. *Bullying não é brincadeira*. João Pessoa/PB: Gráfica JB, 2008. 21p.

FANTE, Cleo. Bullying Escolar: a prevenção começa pelo conhecimento. *Jornal Jovem*, setembro 2008, n. 11. Disponível em: <<http://www.jornaljovem.com.br/edicao11/convidado02.php>>. Acesso em: 2 outubro 2008.

MONTEIRO, Lauro. O que todos precisam saber sobre o bullying. *Jornal Jovem*, setembro 2008, n. 11. Disponível em: <<http://www.jornaljovem.com.br/edicao11/convidado03.php>>. Acesso em: 2 outubro 2008.

NETO, Aramis Lopes. Bullying – Comportamento Agressivo Entre Estudantes. *Jornal de Pediatria*, Rio de Janeiro, vol. 81, 5 edição, Ed. Porto Alegre – nov. 2005, p. S164-S172. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-75572005000700006&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 novembro 2009.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça Restaurativa em Debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, vol. 8, n. 47, dez./jan. 2008, p. 203-216.

THOMAS, Milene Ferrazza. TIRANIA - Combatendo o 'bullying' escolar, *Folha de Londrina*. Disponível em: <<http://www.bonde.com.br/folha/folhad.php?id=29336LINKCHMdt=20080422>>. Acesso em: 22 abril 2008.

Sites:

<http://www.bullying.pro.br>;
<http://www.observatoriodainfancia.com.br>.
<http://www.bullying.com.br>.

NOTAS

(1) Cf. MONTEIRO, Lauro. O que todos precisam saber sobre o bullying. *Jornal Jovem*, setembro 2008, n. 11. Disponível em: <<http://www.jornaljovem.com.br/edicao11/convidado03.php>>. Acesso em: 2 outubro 2008.

(2) Idem.

(3) NETO, Aramis Lopes. Bullying – Comportamento Agressivo Entre Estudantes. *Jornal de Pediatria*, Rio de Janeiro, vol. 81, 5 edição, Ed. Porto Alegre – nov. 2005, p. S164-S172. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0021-75572005000700006&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 novembro 2009.

(4) Cf. OLWEUS, Dan apud DEVOE, Jill F; KAFFENBERGER, Sarah. *Student Reports of Bullying: Results From the 2001 School Crime Supplement to the National Crime Victimization Survey*. Statistical

Analysis Report. U.S. Department of Education, National Center for Education Statistics. Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 2005, p. 1.

(5) Cf. MONTEIRO, Lauro. Op. Cit., 2008.

(6) Cf. FANTE, Cleo. Bullying Escolar: a prevenção começa pelo conhecimento. *Jornal Jovem*, setembro 2008, n. 11. Disponível em: <<http://www.jornaljovem.com.br/edicao11/convidado02.php>>. Acesso em: 2 outubro 2008; MONTEIRO, Lauro. O que todos precisam saber sobre o bullying, 2008.

(7) Cf. THOMAS, Milene Ferrazza. TIRANIA - Combatendo o 'bullying' escolar, *Folha de Londrina*. Disponível em: <<http://www.bonde.com.br/folha/folhad.php?id=29336LINKCHMdt=20080422>>. Acesso em: 22 abril 2008.

(8) Cf. ESCOREL, Soraya Soares da Nóbrega; BARROS, Ellen Emanuelle de França. *Bullying não é brincadeira*. João Pessoa/PB: Gráfica JB, 2008, p. 8, 12-14; MONTEIRO, Lauro. Op. Cit., 2008.

(9) Inclusive, numa pesquisa feita na Europa, que acompanhou jovens que, entre 12 a 16 anos, eram agressores, verificou que até os 24 anos, 60% deles tinham pelo menos, uma acusação criminal (FELIZARDO, Mário. O Fenômeno Bullying. Disponível em: <http://www.diganaoabullying.com.br/biblioteca/artigo_mario.pdf>. Acesso em: 27 outubro 2009).

(10) Cf. ESCOREL, Soraya Soares da Nóbrega; BARROS, Ellen Emanuelle de França. Op. Cit., 2008, p. 13.

(11) UM milhão de crianças sofrem violência escolar por dia. Disponível em: <http://www.plan.org.br/noticias/conteudo/um_milhao_de_crianças_sofrem_violencia_escolar_por_dia-204.html>. Acesso em: 7 outubro 2008.

(12) Escola é dominada por preconceitos, revela pesquisa. *O Estado de São Paulo*, 18 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090618/not_imp389064,0.php>. Acesso em: 02 novembro 2009.

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado/Doutorado da UNIVALI. Juiz de Direito.

Neemias Moretti Prudente

Professor de Direito Penal e Processo Penal (UNERJ/PUC-SC). Mestre em Direito Penal (UNIMEP/SP). Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UFPR). Membro fundador e conselheiro do Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa (IBJR).

PARTICIPE POR ACREDITAR

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2010

Até o dia **17 de março de 2010** é possível inscrever-se para o processo seletivo da **9ª Edição do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM**, um programa de iniciação científica destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito. Ao longo do curso serão abordadas questões atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal. O Laboratório é gratuito para os alunos associados. O regulamento para participar do Laboratório de Ciências Criminais já se encontra no **Portal IBCCRIM**.

Mais informações podem ser obtidas no Portal: www.ibccrim.org.br, por e-mail: (laboratorio@ibccrim.org.br) ou pelo telefone: (11) 3111-1040 ramal 156.

SEU ESCRITÓRIO PODE SER O MAIS NOVO APOIADOR DO 16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL!

Escritórios de advocacia de todo o Brasil estão apoiando a realização do 16º Seminário Internacional do IBCCRIM. O seu escritório também pode vir a constar como apoiador desse seminário que é o maior evento de Ciências Criminais da América Latina. Informações devem ser obtidas na Seção de Comunicação do **IBCCRIM**, pelo telefone: (11) 3111-1040 ramais 123 ou 175 ou e-mail: (comunicacoes@ibccrim.org.br).

DESAFIOS DA ADVOCACIA CRIMINAL NO BRASIL*

Leônidas Ribeiro Scholz

Assim como na Alemanha, o sistema jurídico no Brasil tem na Constituição da República o seu ápice. Na famosa pirâmide das normas de **Hans Kelsen**, ela ocupa o ponto mais elevado.

E para que os senhores apanhem a concreta dimensão de qual seria hoje o grande desafio da advocacia criminal no Brasil, vejamos o que, invocando o pensamento de **Carl Schmitt**, mas distorcidamente, disse um juiz federal sobre ela: “*A constituição não é mais importante que o povo, os sentimentos e as aspirações do Brasil. É um modelo, nada mais que isso. Contém um resumo das nossas idéias. Não é possível inverter e transformar o povo em modelo e a Constituição em representado. A Constituição tem o seu valor naquele documento, que não passa de um documento. Nós somos os valores e não pode ser interpretada de outra forma. Nós somos a Constituição*”.

Se um juiz criminal parte dessa premissa conceitual na condução de grande parte dos casos criminais mais relevantes do País, imaginem qual é o apreço que ele tem por tudo que a Constituição relaciona e consagra como direitos e garantias individuais fundamentais com projeção no processo criminal; que valor um magistrado, que tem essa concepção, atribui à cláusula do devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, à inadmissibilidade das provas ilícitas, à necessidade de fundamentação concreta de todas as decisões judiciais?

Pois são esses, entre outros, os valores constitucionais que, incidentes sobre o processo criminal, impõem a conclusão de que nessa, especialmente nessa área de atuação do estado, os fins não justificam os meios. O combate à criminalidade não pode prescindir do respeito e da observância do devido processo legal; ou seja, os meios, as normas que regulam a atividade persecutória do estado é que condicionam a legitimidade da obtenção dos fins, da prevenção e do combate à criminalidade.

Mas o que se vê na prática – há exceções, julgadores sensatos, equilibrados, que não se deixam impressionar pela pressão da opinião pública, por este senso distorcido de impunidade e que conduzem os seus casos criminais com estrita observância das regras fundamentais do processo criminal – é que muitos, infelizmente, agem e pensam de forma diversa. Acabam transformando, por exemplo, e isto é corriqueiro no País, as prisões processuais, as prisões que são e devem ser necessariamente instrumentais, cautelares, como a prisão temporária e a prisão preventiva, acabam transformando-as, embora disfarçadamente, em punição antecipada.

Prejulgam um caso, muitas vezes inflamados pela opinião pública, pelo clamor social. Concebem, na íntima convicção, que o acusado ou mero investigado é culpado, que ele merece uma punição exemplar, mas, como não podem aplicá-la, no plano formal, sumariamente, usam a prisão preventiva. Invocando, em termos sempre genéricos, abstratos, retóricos, a necessidade de garantir a regular colheita de provas, a necessidade de assegurar, no futuro, a aplicação da lei penal, decretam uma prisão preventiva cuja essência, porém, não é senão a de antecipação de pena para aplacar a sensação de impunidade que a sociedade nutre, sim, mas que é insuflada pelo sensacionalismo. E por aquele surrado discurso de que “rico não vai para a cadeia”.

Hoje, grandes empresários, banqueiros, operadores do mercado financeiro, quando não já condenados e cumprindo pena, efetivamente respondem a processos. Muitos deles, ademais, submetidos a prisões preventivas, algumas revogadas, outras não.

É o ideal? Não. O Estado não conseguiu, ao longo da história, e jamais conseguirá, refrear a criminalidade. Diz o professor **Miguel Reale Junior**, da Universidade de São Paulo, que “*o preço da liberdade é o eterno delito. O crime só desaparecerá quando findar a liberdade*”. E a lógica desse pensamento é vigorosa, já que, segundo **Durkheim**, “*uma vez que não pode existir sociedade em que os indivíduos não diverjam mais ou menos do tipo coletivo, é inevitável também que, entre estas divergências, existam algumas que apresentem caráter criminoso*”. Logo, coexistência humana e extinção da criminalidade são fenômenos que, em qualquer parte do mundo, se repelem, se excluem. O que se deve perseguir e é possível conseguir, em termos reais, concretos, é reduzi-la a patamares, a índices socialmente aceitáveis. Mas “segurança absoluta” e “criminalidade zero” são verdadeiras utopias. E se no Brasil a criminalidade ainda é grande e a impunidade também, o fato é que significativas mudanças para melhor ocorreram.

Mas, em matéria de respeito pelos direitos individuais fundamentais, sobretudo os que se entrelaçam com as prerrogativas da advocacia, o sistema ainda claudica demais.

Há dispositivos constitucionais essenciais para raciocinar com desenvoltura sobre a questão: a dignidade da pessoa humana,

fundamento mesmo da República Federativa do Brasil; a liberdade individual como bem essencial do ser humano; a proibição de sua supressão ou do patrimônio do cidadão sem o devido processo legal; a necessidade de que todas as decisões judiciais, principalmente as que impõem restrições aos direitos fundamentais, sejam concretamente fundamentadas; a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a demonstrar, e com a clareza do sol mediterrâneo, que os fins realmente não justificam os meios, pois, do contrário, o fim (combate à criminalidade) autorizaria a obtenção da prova por qualquer meio, inclusive ilicitamente.

Relativamente a esses e outros dogmas constitucionais, o que se vê na realidade da persecução criminal no Brasil?

Graves e reiteradas transgressões. A começar, por se impedir o advogado de ter acesso aos autos, ao conteúdo do procedimento penal, sob a invocação de que ele tramita em sigilo. O juiz manda prender preventivamente o cidadão, manda realizar diligência de busca e apreensão na sua residência, no seu escritório, na sua empresa e, mesmo depois de executadas todas essas medidas, mesmo depois de o cidadão estar preso, veda-se ou dificulta-se muito o acesso do advogado, que ele constituiu para assisti-lo juridicamente, aos autos, inviabilizando-se, portanto, o necessário conhecimento do objeto, dos fundamentos e do desenvolvimento da respectiva persecução criminal. E isto ocorre com uma frequência tão impressionante, que dia após dia Supremo Tribunal proclama que o sigilo do procedimento não se opõe ao advogado regularmente constituído pelo investigado, exceto no que concerne às diligências ainda em curso ou futuras, para que não sejam frustradas pelo conhecimento antecipado. Ainda assim, há juízes que insistem em negar aos advogados acesso a procedimentos criminais “sigilosos”.

Outra: interceptação de comunicações telefônicas. Essa medida, que deveria ser, pela clara dicção da Constituição da República, excepcional, transformou-se, no Brasil, em regra. Hoje, interceptação telefônica, principalmente em crime financeiro, é a primeira providência. Logo de saída, as autoridades policiais, alegando a existência de indícios de que fulano pode ter praticado evasão de divisas, operações de câmbio não

Há dispositivos
constitucionais essenciais
para raciocinar com
desenvoltura sobre a
questão: a dignidade
da pessoa humana,
fundamento mesmo da
República Federativa
do Brasil; a liberdade
individual como bem
essencial do ser humano...

autorizadas, lavagem de dinheiro, pedem aos juízes autorização para interceptar as suas comunicações telefônicas. E, com ela, sua irmã: a busca e apreensão. É a receita básica da investigação criminal hoje no Brasil, sobretudo em matéria de crimes financeiros. Os juízes as autorizam. E, muitas vezes, sem fundamentação concreta. Limitam-se a dizer: “a autoridade policial representa pela interceptação das comunicações telefônicas e pela busca e apreensão em relação a fulano ou beltrano, afirmando haver indícios de que eles podem ter praticado tal ou qual crime. Apesar de a Constituição garantir a inviolabilidade das comunicações, esse direito não é absoluto. Ele cede ao interesse público. Assim sendo, defiro a representação da autoridade policial e autorizo a interceptação e a busca e apreensão”. Essa, na essência, a “fundamentação”!

Sobre o prazo da interceptação, embora haja interpretações divergentes, diz a lei atualmente em vigor: quinze dias, mais quinze. Já se entendeu que essa prorrogação de quinze dias pode ocorrer tantas vezes quantas for necessária e que, portanto, o prazo máximo não seria o de quinze dias mais quinze e sim o de quinze dias mais tantas prorrogações de quinze dias necessárias ao esclarecimento do fato. Pois bem, há casos de interceptações ao longo de um ano, um ano e meio, dois anos, quase três. Para que ouvir as conversas de uma pessoa por tanto tempo? Para apurar prova de um crime pretérito, passado, já que este seria e deveria ser o fim, o escopo da interceptação? Ou uma permanente devassa na vida do cidadão à procura de todo e qualquer fato que ele esteja praticando presentemente e que possa constituir crime? Isso é transformar a investigação criminal num permanente “Big Brother”, é colocar uma câmera sobre o cidadão

para capturar o que ele está fazendo e, se eventualmente ele fizer algo que possa caracterizar infração penal, persegui-lo criminalmente. Não é retrospectiva a busca, é prospectiva. É monitoramento de conduta, não é busca de prova de fato pretérito. No meu modo de ver, escandalosa a inconstitucionalidade de interceptação telefônica com esse perfil. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça considerou ilícita a escuta telefônica realizada em um caso do Paraná, por haver ela perdurado por dois anos. A Corte entendeu que houve extrapolação, em larga medida, dos limites da lei, a invalidar essa prova.

Há mais. Prisões processuais que apenas no rótulo têm função cautelar, mas que, na essência, na substância, pelas razões que os juízes relacionam para decretá-las, são prisões que representam antecipação de pena como resposta ao clamor social. Visceral antagonismo com um dos princípios constitucionais mais caros do processo penal: “ninguém será considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória”, isto é: ninguém pode ser tratado como culpado enquanto não houver uma condenação definitiva e, portanto, não pode sofrer prisão processual como resposta à opinião pública, como forma de o Estado mostrar à sociedade que não há impunidade, como manifestação de severidade da justiça criminal para inibir outros possíveis delitos. Prisão preventiva não é e não pode ser punição. Punição é a pena criminal depois da condenação definitiva; aí, sim. Se o devido processo penal houver sido observado, ela será justa, será inafastável, será expressão autêntica e fiel do estado democrático de direito. Agora, a pretexto de responder à ânsia social de combate à criminalidade, inverter a ordem lógica, natural e incondicional das coisas para permitir

que os fins justifiquem os meios, é um grande primeiro passo para a implantação de regimes como aqueles derivados da concepção de que a Constituição é um “mero documento” e o que interessa são os anseios e as aspirações do povo ou o que o juiz acha da Constituição!

O grande desafio da advocacia criminal no Brasil reside em lutar incansavelmente pela observância do devido processo legal, que não é favor, não é indulgência do Estado; é o estrito cumprimento da legislação, que ele próprio, Estado, editou. Embora a maioria dos juízes e tribunais diga não existir contraditório no inquérito policial, nele conserva ao investigado direitos fundamentais: pode manter-se em silêncio, não é obrigado a produzir provas contra si, o seu advogado pode e deve ter acesso aos autos, cabendo-lhe, sim, requerer ao judiciário que corrija os abusos, as ilegalidades e os desvios do procedimento investigatório.

Em linhas gerais, esse é o cenário atual do sistema penal brasileiro e, na confrontação entre os direitos e garantias e o que na prática acontece, o que panoramicamente se pode ver sobre os desafios da advocacia criminal no Brasil, os quais resumo numa palavra ou numa expressão: devido processo, não apenas legal, mas **devido processo penal**.

NOTAS

- * Transcrição resumida de palestra proferida na Conferência Anual Internacional promovida pela Associação Germânico-Brasileira de Advogados em Colônia (Köln), Alemanha, nos dias 14 e 15 de novembro de 2008.

Leônidas Ribeiro Scholz

Advogado criminal. Conselheiro Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD.

PARTICIPE POR ACREDITAR

VI CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU

O Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu - IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, reunirão mais uma vez professores portugueses e brasileiros, para discussão de teses na área do Direito Penal Econômico. O Curso será realizado entre os dias 29 de julho e 18 de setembro de 2010. O Certificado do Curso Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu será conferido pela Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu.

Dos professores do IDPEE está confirmada a presença de: Anabela Miranda Rodrigues, Cláudia Maria Cruz Santos, Nuno Brandão, Manoel da Costa Andrade e Susana Aires de Sousa. Do IBCCRIM, estão confirmados os professores: Andrei Zenkner Schmidt, Celso Sanchez Vilardi, Flávio Cruz, Heloisa Estellita, Hugo de Brito Machado, Maurício Zanoide de Moraes e Rodrigo Sanchez Rios.

Mais informações serão divulgadas em breve no **Portal IBCCRIM**.

Contato: Seção de Produção Científica por e-mail: (curso@ibccrim.org.br) ou telefone: (11) 3111-1040 ramal 131.

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: FIQUE DE OLHO NAS NOVIDADES!

O 16º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM será realizado no período de 24 a 27 de agosto de 2010, no Hotel Tivoli Mofarrej, localizado na Alameda Santos 1.437, Jardins - São Paulo - SP.

Mais informações serão divulgadas em breve no **Portal IBCCRIM**.

JÚRI: DECISÃO ABSOLUTÓRIA E RECURSO DA ACUSAÇÃO POR MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS – DESCABIMENTO

Guilherme Madi Rezende

Uma das alterações trazidas ao Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.689/2008 diz com a formulação obrigatória de quesito redigido nos seguintes termos: “o jurado absolve o acusado?”. É o que se extrai da leitura do artigo 483 do mencionado diploma.

Esse quesito – de formulação obrigatória, repita-se – tem dupla natureza: serve tanto para que nele sejam condensadas as teses defensivas, como, por exemplo, a legítima defesa, sem que sejam necessários quesitos relativos a cada um dos elementos que a compõe, como se fazia anteriormente; como também serve para que o jurado possa absolver por qualquer razão, ainda que não jurídica, sustentada ou não pela defesa, como clemência, por exemplo.

Sobre essa natureza do chamado terceiro quesito, vale a transcrição de trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que bem a ilustra: “*não se atrela o questionamento a esta ou aquela tese adrede debatida durante o julgamento da causa. É quesito obrigatório e ponto. Disso resulta, então, que quer se queira ou não, até por clemência, por piedade, por bondade ou algo semelhante, os Senhores Jurados estão aptos para o exercício da absolvição. Na atualidade, para os fins absolutórios, não se lhes exige, por consequência, qualquer vinculação temática com esta ou aquela proposição da defesa técnica resultante dos debates em Plenário de julgamento, como era feito no passado recente*”⁽¹⁾.

Importa notar que a nova redação do artigo 483 do diploma processual alterou, num ponto específico, a sistemática das decisões dos jurados. Na sistemática antiga os jurados eram indagados apenas sobre matéria de fato. As respostas “sim” e “não” eram dadas a questões objetivas relacionadas aos fatos, tais como se o réu, no dia tal, em tal lugar, desferiu os tiros.

Embora os jurados tivessem – como continuam tendo – liberdade para decidir como

quissem, já que suas decisões não eram – e continuam não sendo – motivadas, era possível – e nesse particular ainda é – aferir se a decisão dos jurados encontrava algum respaldo no conjunto probatório, mantendo-a ou não, nos exatos termos do que dispõe o artigo 593, inciso III, alínea “a” do Código de Processo Penal.

No tocante aos quesitos de fato, nada mudou.

Porém, como já dito linhas acima, a sistemática mudou. Já não são mais formulados quesitos apenas relativos aos fatos.

Com efeito, o terceiro quesito não diz necessariamente com os fatos. Diz com a sensibilidade do jurado ao analisar o caso que lhe é apresentado. O jurado pode absolver por clemência, piedade, compaixão ou qualquer sentimento que lhe mova a tomar tal decisão. É livre para tanto.

A diferença marcante aqui é que a decisão absolutória tirada por votação ao terceiro quesito, por não ser necessariamente um quesito de fato, não permite que se afira se a decisão tem amparo ou não na prova dos autos.

Ao tornar obrigatória a formulação desse quesito – ainda quando a única tese defensiva seja a negativa de autoria, já reconhecida em quesito antecedente – o legislador garante ao jurado o direito de absolver por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos.

Ora, nenhum sentido há em garantir ao jurado esse direito e depois cassar a decisão que dele decorra.

Assim, a decisão dos jurados que, ao votarem o terceiro quesito, entendem por

absolver o acusado não é passível de recurso da acusação com base no artigo 593, inciso, III, alínea “a” do Código de Processo Penal.

Não há decisão absolutória calcada no terceiro quesito que seja manifestamente contrária à prova dos autos, já que ela não reflete a resposta a um quesito de fato, mas reflete a vontade livre dos jurados, vontade essa que foi, por expressa disposição de lei, desvinculada da prova dos autos.

Nada há de teratológico nisso na medida em que a instituição do júri,

insculpida na Constituição no capítulo destinado às garantias e direitos fundamentais, visa a ser uma instituição que se preste a garantir ainda mais o *jus libertatis*, cumprindo, destarte, sua função ao permitir que os jurados, como representantes da sociedade, de forma soberana decidam pela absolvição do acusado.

Por tudo isso, não cabe recurso da acusação, com fundamento no artigo 593, inciso III, alínea “a” do Código de Processo Penal, quando a decisão absolutória dos jurados estiver calcada no terceiro quesito, isso é, quando os jurados, de forma livre, soberana e imotivada, responderem “sim” ao quesito “o jurado absolve o acusado?”.

NOTAS

(1) HC990.09.151563-9 da 7ª Câm. Criminal do TJSP.

Guilherme Madi Rezende

Advogado criminalista. Mestre em Direito Penal pela PUC. Diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD.

A SÚMULA VINCULANTE N. 26 E A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA, NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ivan Luís Marques

O caminho natural do Controle Difuso anterior ao novo posicionamento do Supremo

O conteúdo das decisões do STF, assim como o Direito, está em constante mutação. Tanto sob o prisma estrutural e, principalmente, sob o aspecto de modulação dos efeitos de suas decisões, podemos identificar importantes novidades, que precisam ser repassadas a você, leitor.

Entre elas, o ativismo judicial presente no efeito ativo nos mandados de injunção; as “inovações legislativas” atípicas de algumas súmulas vinculantes e na nova forma de ler os dispositivos da Carta Magna (interpretação sistemática da Carta).

A respeito desta última novidade, podemos e devemos trabalhar a questão da chamada **Teoria da Transcendência no Controle Difuso de Constitucionalidade**, ou Abstrativização

do Controle Difuso⁽¹⁾.

O Controle difuso é aquele feito por *qualquer magistrado* do País, em questão preliminar, ou por Órgão Especial ou Pleno dos Tribunais (art. 97, CF e SV n. 10), em busca de afastar a aplicação de dispositivo de lei considerado incompatível com a Constituição, entre as partes.

O trâmite regular do controle difuso, com a declaração de inconstitucionalidade,

inicia no juízo monocrático (ou até mesmo em Tribunais Superiores, podendo iniciar no próprio STF) e termina com a apreciação do Supremo, após galgar as instâncias. Em regra, a decisão tem eficácia apenas para as partes do processo (*inter partes*). Esgotada a competência do Poder Judiciário, determina o art. 52, X, CF o envio dessa decisão definitiva – sob o prisma jurídico – para o Senado Federal. O Senado, por sua vez, fará uma **análise política** do julgado e decidirá, **de forma não vinculada**⁽²⁾, se ratifica a nulidade do ato normativo atribuindo à decisão do STF eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc*. Esse é o caminho expresso na Constituição Federal do Brasil.

Portanto, a decisão judicial em controle difuso é *inter partes* e *ex tunc*. A Resolução do Senado, ao suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, atribui à decisão do STF efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. O que valia apenas para as partes do processo, retroagindo para o passado, após a Resolução do Senado (art. 52, X, CF), passa a valer para todos e tem seus efeitos voltados para o futuro.

Entretanto, valendo-nos da observação feita no início desse estudo, as regras do jogo do controle difuso **já foram modificadas pelo STF**. As dúvidas quanto a essas modificações, cirurgicamente apontadas por Lenza⁽³⁾, já não existem mais.

O STF, com a edição da Súmula Vinculante n. 26, **confirmou a Teoria da Transcendência no controle difuso**. No que ela consiste?

Essa teoria modifica os efeitos regulares do controle difuso de constitucionalidade, permitindo sua modulação com base na Lei da ADIn (Lei 9.868/99). Desta forma, uma decisão tomada em controle difuso pode ter efeito imediato, retroativo ou até mesmo para o futuro e eficácia *erga omnes*, **dispensando** o controle político posterior do Senado Federal⁽⁴⁾.

A questão é: o STF pode retirar essa parcela de competência do Senado e desrespeitar o controle político posterior? A resposta foi dada pelos Ministros do STF: **Sim**. O controle político posterior do Senado servirá apenas para dar publicidade à decisão do STF⁽⁵⁾.

Histórico dos fatos

Toda a celeuma jurídica, resolvida agora com a nova súmula vinculante n. 26 do STF, começou em 23 de fevereiro de 2006, com a decisão histórica do STF no HC 82.959-7/SP, relatoria de **Marco Aurélio**, declarando, **em controle difuso com efeitos erga omnes**, a inconstitucionalidade da progressão de regime para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

O interessante, sob o prisma constitucional, foi a modulação dos efeitos da decisão

em uma votação por maioria absoluta (6x5), e não por 2/3 dos ministros do Supremo, como feito, por exemplo, no RE 191.197, de 2004 (votação unânime).

Afirmou-se, em ementa do HC 82.959-7: “*Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90*”.

A decisão erigiu de controle difuso de constitucionalidade, **porém, retirou, de pronto**, a eficácia da regra que vedava a progressão de regime para os condenados por crime hediondo e equiparados. A norma proibitiva continuou vigente, porém ineficaz. Foi o *leading case* no qual o STF fez aplicação, no julgamento de um *habeas corpus*, do disposto no art. 27 da Lei 9.868/99, que se refere ao processo e julgamento dos casos de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade (ADIN ou ADC).

Alguns magistrados, desconhecendo a movimentação sistemática neoconstitucionalista, ignoraram a utilização dos efeitos da Lei 9.868/99 na fundamentação da decisão que declarou a inconstitucionalidade da vedação em caso concreto, e continuaram decidindo pela impossibilidade de progressão de regime para os condenados por crime hediondo.

Além de algumas Reclamações, entre elas a de n. 4.335⁽⁶⁾, defendemos, em abril de 2007, a edição de súmula vinculante, o que foi atendido pelo Supremo. Afirmávamos na época: “*Parece-nos que a única solução para pacificar a ‘novela’ da progressão de regime na Lei 8.072/90 será o STF, após reiteradas decisões sobre a matéria de cunho constitucional, de ofício, aprovar súmula de efeito vinculante para fazer valer a amplitude dos efeitos de sua decisão originária (HC 82.959-SP) e o entendimento de suas novas decisões contra a retroatividade dessa nova lei, que nada tem de benéfica, aplicando-se, in totum, o art. 103-A da CF*”⁽⁷⁾.

A PSV n. 30 - A Súmula vinculante 26

Nestes termos, em sessão plenária do dia 16 de dezembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Proposta de Súmula Vinculante 30 - PSV 30.

A redação aprovada tinha o seguinte texto: “*Para efeito de progressão de regime de cumprimento de pena, por crime hediondo ou equiparado, praticado antes de 29 de março de 2007, o juiz da execução, ante a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, aplicará o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, na redação original, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não os requisitos objetivos e subjetivos do benefício podendo*

determinar para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

Após serem feitas algumas retificações, a redação final da Súmula Vinculante, que ganhou o número sequencial 26, ficou desta forma:

“*SV n. 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico*”.

Vamos, então, explicar a nova súmula.

- 29 de março de 2007 é a data em que a Lei 11.464/2007 entrou em vigor.
- Quem cometeu crime **depois** dessa data, pode progredir de regime, mas com os novos patamares de 2/5 e 3/5.
- **Antes** dessa data, estava valendo o patamar de 1/6 do art. 112 da Lei de Execuções Penais, regra geral que passou a abarcar também os hediondos com a declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, prevista no artigo 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90.

Se algum magistrado inobservar a regra, cabe apresentar Reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal para o restabelecimento da ordem jurídico-constitucional.

Desta forma, pacificou-se perante toda a Administração Pública a questão.

Conclusão

A partir da edição da SV n. 26, consolidou-se o entendimento de o STF poder afastar a regra geral constitucional da Resolução do Senado para as decisões tomadas pelo Supremo em controle difuso de constitucionalidade. Essa questão, de relevante interesse aos constitucionalistas nacionais, diz respeito ao *quórum* da decisão de efeitos abstratos em controle concreto de constitucionalidade no HC 82.959-7: deu-se por *maioria absoluta*, em votação apertada (6x5).

Concluindo, temos uma nova realidade constitucional consolidada no País. **Venceu a Teoria da Transcendência do Controle Difuso de Constitucionalidade**. A Súmula Vinculante n. 26 chegou para ratificá-la e colocar um ponto final na discussão a respeito de sua possibilidade e legitimidade⁽⁸⁾.

A questão da quantidade de pena cumprida para progressão de regime de pena de crimes hediondos e equiparados foi resolvida: para os delitos praticados antes de 29 de março de 2007 – Progressão com 1/6 da pena efetivamente cumprida. A norma, por ser mais benéfica, retroage e atinge os crimes praticados de março de 2007 até 26 de julho de 1990, data da entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos. Para os crimes praticados após 29 de março de 2007, a progressão dar-se-á por

2/5 ou 3/5 de pena cumprida, a depender da reincidência, ou não, do condenado.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano.** *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HOLTJE, Leo van.** *Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Podivm, 2009.
- LENZA, Pedro.** *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES, Ivan Luís.** *Previsões sobre a Lei 11.464/2007 – Da resolução “indireta” do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1395, 27 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9815>. Acesso em: 17 dez. 2009.

_____. A problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal. *Boletim do IBCCRIM*, fasc. 174, v. 15, maio de 2007. p. 4-5.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: GEN, 2009.

NOTAS

- (1) **Marcelo Novelino** identifica a súmula com efeito vinculante e a repercussão geral com tendências à abstrativização do controle difuso. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: GEN, 2009. p. 243.
- (2) **ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano.** *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 30.
- (3) **LENZA, Pedro.** *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 186.
- (4) **Leo van Holtje** tece esclarecedores comentários sobre o papel ampliativo da Resolução do Senado Federal. *Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador:

- Podivm, 2009. p. 155-156.
- (5) STF, HC 82.959-7/SP.
 - (6) **MARQUES, Ivan Luís.** A problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal. *Boletim do IBCCRIM*, fasc. 174, v. 15, maio de 2007. p. 4-5
 - (7) **MARQUES, Ivan Luís.** Previsões sobre a Lei 11.464/2007 – Da resolução “indireta” do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos.
 - (8) Destaque para a não vinculação do Poder Legislativo, que poderá criar mecanismos constitucionais via Emenda para resgatar sua competência política, afastada pelo STF.

Ivan Luís Marques

Mestre em Direito pela USP.
Professor na Área das Ciências Criminais.
Coordenador Editorial de Direito Público.

O DIREITO DE PRESENÇA E O INFERNO DE SARTRE

Gauthama Fornaciari de Paula

Na alegoria do inferno narrada por **Jean-Paul Sartre**⁽¹⁾, Garcin, Inez e Estelle são levados por um serviçal a determinada sala de estar, decorada à moda do segundo império francês de meados do século XIX, mobiliada com uma lareira, sobre a qual repousam ornamentos de bronze maciço, e com sofás desbotados das cores vinho, azul e verde. Há uma campainha, que só funciona às vezes, e a porta, aberta somente pelo serviçal, remanesce sempre trancada. Fora da sala, há apenas escadas, corredores e outras salas. Os três estão mortos, ou melhor, **ausentes**. O primeiro veio do Rio de Janeiro, vitimado por doze tiros no peito; as demais vieram de Paris: a segunda faleceu asfixiada por gás enquanto dormia e a terceira morreu de pneumonia. Essas são as versões iniciais, pois a íntegra das histórias da chegada deles até lá são reveladas aos poucos num clima de tensão envolto por desentendimentos, angústias e perplexidades. A certa altura, Garcin roga para que fiquem quietos e esqueçam os outros ali presentes. Um longo silêncio toma conta do ambiente. Porém, Inez não se aguenta e interpela Garcin: “*Esquecer os outros? Isso é completamente absurdo! Eu o sinto aí até a minha medula. O seu silêncio clama nos meus ouvidos. Você pode costurar a sua boca, cortar a sua língua fora – mas não pode impedir-se de estar aí*”. Amaldiçoados a ficar indefinidamente juntos na sala trancafiada e ainda ouvindo as vozes do presente das pessoas que deixaram em vida, concluem ser a imagem de um inferno em chamas habitado por demônios de tridente mera crendice folclórica, pois, o inferno... são os outros.

Guardadas as proporções, pode-se dizer que a presença do réu – **do outro** - nas salas de audiência dos fóruns, acessíveis por corredores e escadas, algumas até com

decoreção do século XIX, com crucifixos de bronze pendurados na parede e balanças metálicas sobre mesas elevadas recobertas de

vidro, têm incomodado “*até a medula*” não só o ofendido e as testemunhas de acusação, mas também os Poderes Judiciário, Legislativo e o Ministério Público, fiscal das leis, no momento em que deve ser contada a história completa dos fatos que levaram o réu a “*estar ali*”⁽²⁾. É isso, dentre outras questões ideológicas inconfessáveis, que está por trás das inúmeras violações injustificadas e irracionais a esse direito no Brasil. Não é incomum que o ofendido ou as testemunhas de acusação sejam perguntados por escreventes, porteiros ou pelo juiz se preferem ser ouvidos na ausência do réu. Evidente que a mera presença deste lhes causa um estorvo e a resposta é afirmativa na esmagadora maioria dos casos⁽³⁾. Por outro lado, assiste-se ao Supremo Tribunal Federal falhar na sua missão de dar a última palavra sobre direitos fundamentais no julgamento do RE 602.543/RS ao manter “*a jurisprudência da Corte acerca da inexistência de nulidade pela ausência, em oitiva de testemunha por carta precatória, de réu preso que não manifestou expressamente intenção de participar da audiência*” negando-se provimento ao recurso (Tribunal Pleno, rel. min. Cezar Peluso, m.v., j. 19.11.2009, DJE 03.12.2009). Ignoraram-se precedentes do próprio STF acerca da dimensão do direito de presença⁽⁴⁾.

Ademais, as recentes previsões infraconstitucionais acerca da videoconferência ofendem o mencionado direito indivi-

dual de primeira geração, que implica a presença física em juízo, e não uma **telepresença** pós-modernista decadente de uma sociedade abstrata, asséptica, virtual e reprodutora de desigualdades, a exemplo da incorporação do art. 18, n. 18, da Convenção de Palermo, da redação dada pela Lei 11.690/2008 ao art. 217 do Código de Processo Penal e da redação dada pela Lei 11.900/2009 ao art. 185 do CPP, todas normas recortadas e copiadas no anteprojeto do Novo CPP, arts. 73, 179, 184 e 195.

Com efeito, segundo entendimento clássico de **Antonio Scarrance Fernandes**⁽⁵⁾, as garantias e direitos do contraditório e da ampla defesa assegurados aos acusados em geral (suspeito, indiciado, réu, condenado) nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, implicam, necessariamente, no exercício pleno da defesa técnica por advogado habilitado e da autodefesa pelo próprio réu. A autodefesa, por sua vez, abrange: (a) o direito de audiência, isto é, de ser ouvido **pessoalmente** pelo juiz no interrogatório; (b) o **direito de presença**, mediante o qual, nas palavras de **Fernandes**⁽⁶⁾, “*se assegura ao réu a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa*” e; (c) o direito de postular **pessoalmente**, por

Guardadas as proporções,
pode-se dizer que a
presença do réu –
do outro - nas salas de
audiência dos fóruns,
acessíveis por corredores
e escadas, algumas até
com decoraçao do século
XIX, com crucifixos de
bronze pendurados
na parede e balanças
metálicas sobre mesas
elevadas recobertas
de vidro...

meio de petição, para interpor recursos, impetrar ordem de *habeas corpus* e pedir benefícios em sede de execução penal. Como se vê, o direito de presença é inerente à cláusula pétreia do contraditório e da ampla defesa (art. 60, § 4º, IV, CF), independentemente do que venham dispor quaisquer diplomas infraconstitucionais. Qualquer tratado, lei ou decisão judicial que mutile o direito de presença será inconstitucional e desumano. Violar o direito de presença significa reduzir o direito de defesa pela metade. É suprimir em cinquenta por cento a voz do réu. Realizar só a defesa técnica na instrução é torná-la uma defesa “meia-boca”, como costumava exprimir-se **Fernando de Barros e Silva**⁽⁷⁾ e a sabedoria popular. Vale advertir que o direito de presença está explícito na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, d), bem como no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, 3, d) e no Estatuto de Roma (art. 63, 1 e 2), todos ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico interno.

Para rebater críticas à inteira observância do direito de presença, transcrevemos para a reflexão consciente dos leitores deste *Boletim*, o magistério de **Maria Lúcia Karam**⁽⁸⁾: “As testemunhas e aquele que se diz vítima do alegado crime (o ofendido) têm de ser ouvidos na presença do réu que comparece ao processo.

Para rebater críticas à inteira observância do direito de presença, transcrevemos para a reflexão consciente dos leitores deste *Boletim*, o magistério de **Maria Lúcia Karam**⁽⁸⁾: “As testemunhas e aquele que se diz vítima do alegado crime (o ofendido) têm de ser ouvidos na presença do réu que comparece ao processo.(...)”

O medo que eventualmente alguém tenha de testemunhar não justifica que testemunhas ou apontados ofendidos se escondam, não autoriza as chamadas ‘testemunhas sem rosto’, não autoriza a retirada do réu da sala de audiências, não autoriza uma tal violação do direito à autodefesa. A defesa só se realiza efetivamente se for assegurado ao réu o direito de estar ao lado de seu advogado em todas as audiências realizadas no processo. Se se insiste em submeter o indivíduo ao peso do poder punitivo, que, além de marcá-lo como ‘criminoso’, chega a anular o próprio direito à liberdade de locomoção, é preciso respeitar ao máximo o direito que esse indivíduo tem de se defender e lutar contra a condenação. Quem se dispõe a contribuir para a acusação e para a condenação de alguém deve enfrentar a situação de encarar aquele que está sendo acusado. A garantia da participação do próprio réu em sua defesa – e, portanto, o direito de presença diante do juiz, ao lado de seu advogado ou defensor – nitidamente conduz à nulidade de interrogatórios ou outras audiências realizadas por videoconferência, nulidade revelada na manifesta violação da garantia do contraditório e, assim, na manifesta violação ao devido processo legal. Trata-se de suposta modernidade que, na realidade, contém uma retrógrada involução negadora de direitos fundamentais assegurados em normas inscritas nas declarações

internacionais de direitos e nas constituições democráticas”.

Portanto, se se quer construir uma história democrática de verdade no Brasil, é imperioso o efetivo respeito racional pela Sociedade e pelo Estado do direito humano do acusado defender-se de forma plena por meio do exercício básico do seu direito de presença, de modo a disciplinar com justiça a convivência humana, que por vezes, mostra-se incômoda e exige tolerância.

NOTAS

- (1) *Huis Clos and other plays*, trans. **Hamish Hamilton**, London, Penguin, 2000 (1944). No Brasil, o livro ganhou o título “Entre Quatro Paredes”, mas cremos que está na hora de uma nova e mais bem cuidada tradução.
- (2) Se nos dias hoje, fosse **Sartre** advogado militante inscrito numa das seccionais da OAB, sua parábola do inferno transcorreria no foro.
- (3) Cf. **Roberto Delmanto**, ‘O interrogatório por videoconferência e os direitos fundamentais do acusado no processo penal’, in *Notáveis do Direito Penal – livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*, Brasília, Consulex, 2006, p. 439-448.
- (4) STF, *HC 86.634/RJ* e *HC 93.503/SP*. Cf. **Luiz Flávio Gomes**, ‘Direito de Presença nas audiências: STF viola CADH’, in *Última Instância*, 22.12.2009: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63566
- (5) *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: RT, 1999, p. 247-278.
- (6) Ob. cit., p. 264.
- (7) ‘Capital do puxadinho’, in *Folha de S. Paulo*, 01.12.2009, p. A2.
- (8) *Liberdade, Presunção de Inocência e Direito à Defesa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 52-53.

Gauthama Fornaciari de Paula

Advogado em São Paulo e
mestrando pela DireitoGV.

PARTICIPE POR ACREDITAR

VIDEOTECA IBCCRIM

Os DVD’s referentes às **Mesas de Estudos e Debates** realizadas em novembro de 2009, cujos temas foram: “O Vínculo Familiar e o Sistema Prisional - O papel dos operadores do Direito”, “O Vínculo Familiar e o Sistema Prisional - O papel da Comunidade”, “Pena de Morte e Religião”, “O Voto do Preso Provisório em São Paulo” e “O Papel da Vítima no Processo Penal Contemporâneo” já estão disponíveis para empréstimo no acervo da **Biblioteca do IBCCRIM**.

Para solicitar o empréstimo dos vídeos basta enviar e-mail para: (biblioteca@ibccrim.org.br) ou entrar em contato pelo telefone: (11) 3111-1040 - ramal 150.

MESA DE ESTUDOS E DEBATES: 03/03/2010 (QUARTA-FEIRA) “O POVO INDÍGENA E O PROCESSO PENAL”

Data: 03/03/2010 (quarta-feira)

Horário: Das 10h00 as 12h00

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar - Centro - São Paulo - SP

Inscrições: Gratuitas, no **Portal IBCCRIM**

Informações: (mesas@ibccrim.org.br) ou (11) 3111-1040 ramal 156.

Participe à distância: Para assistir ao evento, ao vivo e *on-line*, acesse em 03/03/2010 (tv.netpoint.com.br/ibccrim) e participe!

LEI 12.037/09: NOVAMENTE A VELHA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Eduardo Henrique Alferes

A confusa Lei 10.054/00, que se propunha a dispor sobre a identificação criminal, foi expressamente revogada pela Lei 12.037/09, que se presta a regulamentar o art. 5º, LVIII da Constituição Federal. Entretanto, a confusão permaneceu, pois a polêmica está mais na compreensão dos termos e procedimentos referidos na Lei do que nas regras por ela disciplinadas.

O questionamento fundamental sobre a nova lei não está no rol taxativo de hipótese do cabimento da identificação criminal ou na interpretação dessas, mas orbita na seguinte problemática: do que realmente trata a ‘identificação criminal’, e consequentemente a Lei que dela se ocupa? A preocupação focada exclusivamente nas formalidades e alterações em relação a legislação anterior pode induzir a equívocos especialmente a respeito da diferenciação entre identificar criminalmente, individualização, qualificação e a comumente denominada ‘constatação’. Esta é a proposta do presente texto: lançar o debate quanto ao objeto da Lei 12.037/09.

A identificação civil, formalizada por meio de Ficha de Identificação Civil fornecida pelos órgãos estaduais de identificação, permite a expedição de documento civil, e por consequência, que alguém possa ser considerado civilmente identificado. É tão somente o cadastro de dados ou informações físicas referentes a um determinado indivíduo, que não se confunde, em finalidade ou informações, com os registros de identificação criminal.

Identificação criminal é o termo utilizado para a reunião de informações visando individualizar uma determinada pessoa sujeita a um processo criminal ou ao inquérito policial, com objetivo de auxiliar o sistema penal (órgãos policiais, poder judiciário etc.) propiciando aos seus órgãos informações válidas e confiáveis. Essa reunião se dá por meio da coleta e arquivamento de um conjunto de informações como impressões dactiloscópicas, dados referentes à identificação física, do *modus operandi*, fotografia, sinais peculiares (tatuagens, cicatrizes, marcas etc.), entre outros. Em alguns estados, inclusive, a inserção de tais informações no sistema pode gerar um registro de identificação criminal, usualmente denominado de “RG criminal”.

A rigor, não deve existir adjetivação para a identificação, não devendo haver uma identificação civil, outra criminal, outra administrativa, mas apenas a identificação do indivíduo, que é uma só. Porém, denomina-se identificação criminal o uso de métodos de identificação voltados para fins criminais.

O primeiro equívoco ligado ao tema ocorre por conta do arquivamento e a utilização de dados ou informações a respeito da pessoa. Esse arquivo, formador de um banco de dados, pode ser civil (com as informações fornecidas ao solicitar o Registro Geral – filiação, naturalidade, nacionalidade, dados do registro de nascimento e impressão digital), fiscal, previdenciário, tributário etc. (ao cadastrar informações para registro de CPF, CTPS etc.), ou até mesmo criminal.

Dito de outra forma, as informações (de interesse criminal) formam, total ou parcialmente, um banco de dados criminais, voltado para os mais distintos fins, respeitadas as regras legais penais e processuais, normas administrativas, e também morais e éticas. Ao processo de coleta, registro e arquivamento dessas informações, da-se o nome de identificação criminal. Essa ‘espécie’ de identificação, de cunho criminal, é formalizada por meio do Boletim de Identificação Criminal (BIC), anteriormente estabelecido pelo Decreto-Lei 3.992/42, então denominado de Boletim Individual, que sofreu inúmeras alterações nas últimas décadas.

Portanto, identificar criminalmente é determinar a identidade para fins criminais, e vai além da simples constatação (por meio da colheita de impressões dactiloscópicas). Essa é meio, ou fase daquela, de tal forma que identificação criminal, diferentemente do que possa se imaginar baseado em análise superficial restrita ao nome, é dar identidade, identificar uma pessoa na seara criminal envolvendo obrigatoriamente a alimentação de informações em banco de dados de natureza criminal.

Faz-se no momento da identificação criminal a coleta das impressões dactiloscópicas (para arquivo, mas principalmente para constatar de quem se trata a pessoa que está sendo identificada criminalmente, e também para garantir – como meio de segurança – que naquele momento quem está envolvido na ação criminosa é quem imprimiu na ficha suas digitais, evitando erros judiciais). Também é realizado o registro fotográfico de frente e de perfil, registro das características físicas de identificação visual (como cor dos olhos, cabelo, pele, altura, peso, idade), dados sociofamiliares (como

filiação, residência, local de atividade laboral, apelido) etc., além de todos os outros dados de interesse policial.

O questionamento fundamental sobre a nova lei não está no rol taxativo de hipótese do cabimento da identificação criminal ou na interpretação dessas, mas orbita na seguinte problemática: do que realmente trata a ‘identificação criminal’, e consequentemente a Lei que dela se ocupa?

Identificação Criminal é um conjunto de atos por meio dos quais se cria uma identidade criminal a um indivíduo, quando a situação fática e jurídica permitirem, não se confundindo em nenhuma hipótese com o ato de coletar as impressões digitais. Esta última providência é denominada de “constatação de identificação”, ou simplesmente “constatação”, ou ainda, no termo utilizado no meio policial, “legitimação”.

“Constatar a identificação” é o ato ou procedimento no qual são colhidas as impressões dactiloscópicas do indivíduo e essas submetidas a confronto com os arquivos de registro civil (instituto de identificação estadual) por meio de pesquisa. Tais impressões são pesquisadas com o intuito de verificar se a identificação civil apresentada ou alegada, condiz com a do verdadeiro possuidor daquelas características (sulcos papilares, por meio do método dactiloscópico).

A “constatação” não resulta em arquivamento de dados, em registros no sistema policial de antecedentes criminais, nem estabelece, por si só, relação de envolvimento com a infração penal que motivou tal procedimento, ou outro efeito qualquer que possa ser prejudicial à pessoa submetida a tal confronto (constatação). Essa só se presta para garantir os direitos individuais, que ninguém será indiciado, preso ou terá seus dados registrados como autor ou suspeito de ter cometido um crime do qual não tem relação. Presta-se ainda a fortalecer a segurança jurídica nos atos durante a persecução penal, por evitar que erros (na fase de inquérito ou judicial) ocorram com a individualização errônea do indivíduo.

A “constatação” não resulta em arquivamento de dados, em registros no sistema policial de antecedentes criminais, nem estabelece, por si só, relação de envolvimento com a infração penal que motivou tal procedimento, ou outro efeito qualquer que possa ser prejudicial à pessoa submetida a tal confronto (constatação). Essa só se presta para garantir os direitos individuais, que ninguém será indiciado, preso ou terá seus dados registrados como autor ou suspeito de ter cometido um crime do qual não tem relação. Presta-se ainda a fortalecer a segurança jurídica nos atos durante a persecução penal, por evitar que erros (na fase de inquérito ou judicial) ocorram com a individualização errônea do indivíduo.

Cabe a pergunta: qual a restrição mencionada na Constituição Federal e em sua regulamentação (Lei 12.037/09)? Ou de forma mais direta: o que é restrito aos casos elencados na Lei, a identificação criminal ou a constatação?

No aspecto abordado, a colheita de impressões digitais para constatação da real identidade, sem destinar qualquer informação por si só ao prontuário ou banco de dados, cível ou criminal, ou para arquivo de banco de dados, a nosso ver, não constitui

ataque a norma constitucional (art. 5º, LVIII) e, portanto, não fere a norma regulamentadora instituída pela lei em comento.

A Lei regulamentou a identificação criminal deixando, sem restrições, a constatação. Obviamente, há defensores da interpretação mais ampla do termo **identificação criminal** levando a conclusão de que a “constatação” também é vedada. Toda opinião fundamentada é respeitável, porém no caso em tela, defendemos a interpretação mais lógica, qual seja, proteção dos direitos individuais, em respeito a Constituição Federal e sua regulamentação, restringindo a identificação apenas aos casos arrolados na Lei e, também, protegendo esses mesmos direitos, permitindo que os erros de identificação não comprometam nenhuma pessoa não envolvida em crimes.

Não nos parece correto entender, conforme já escrito por muitos, que o constituinte desejou evitar o “tocar piano”, nome popular para a colheita de impressão digital em repartições policiais. Isso ocorre com todos os brasileiros que tem um Registro Geral (RG), sem nenhuma distinção. Portanto, é de se refletir a respeito, não amesquinhando o desejo do legislador de 1988 à simples proteção por meio de restrição da sub-

missão a constatação. Ao contrário, é mais lógico pensar que o Constituinte tenha restringido o que realmente pode causar prejuízos ou constrangimentos ao “cidadão de bem”: inserção de informações em banco de dados criminais, registrando envolvimento, mesmo que antes da condenação penal, com crime.

Nesta fase de recenticidade da publicação da Lei 12.037/09, parece crucial o entendimento dos conceitos relacionados ao tema da norma legislativa, finalidade deste artigo, antes mesmo de iniciar uma análise das regras estabelecidas e sua aplicabilidade, constitucionalidade e demais abordagens.

A escassez na doutrina a respeito dos procedimentos aqui tratados e a consciência de que outras opiniões existem a respeito, nos motiva a aguardar as críticas fundamentadas, e principalmente, buscar aprimoramento do debate jurídico.

Eduardo Henrique Alferes

Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-graduando em Direito Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA-OAB/SP). Coursou graduação em Engenharia pela UFOP (Eng. de Minas: 1993-95) e UFSCar (Eng. Civil: 1996-98).

Não nos parece correto entender, conforme já escrito por muitos, que o constituinte desejou evitar o “tocar piano”, nome popular para a colheita de impressão digital em repartições policiais. Isso ocorre com todos os brasileiros que tem um Registro Geral (RG), sem nenhuma distinção.

PARTICIPE POR ACREDITAR

NO AR: O TERCEIRO VOLUME DA REVISTA LIBERDADES!

No dia 15 de janeiro de 2010 foi lançado o terceiro volume da **REVISTA LIBERDADES**, a revista eletrônica do IBCCRIM!

Em ENTREVISTA, Alamiro Velludo Salvador Netto conversa com **Sérgio Salomão Shecaira** e em BATE-BOLA, João Paulo Orsini Martinelli entrevista **Fabio Roberto D'Ávila**.

Em ARTIGOS: Débora Faria Garcia escreve sobre: **A EXCLUSÃO DA PROTEÇÃO ÚNICA DO GÊNERO FEMININO NA LEI 11.340/2006**; Gabriel Bertin de Almeida sobre: **OS LIMITES DA PRESUNÇÃO NO PROCESSO PENAL**; Luís Greco sobre: **PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E CRUELDADE COM ANIMAIS**; Janaina Conceição Paschoal sobre: **TERRORISTA É CRIMINOSO. CRIMINOSO NÃO É COITADO.**

TAMBÉM NÃO É HEROI e Jorge Cesar Silveira Baldassare Gonçalves sobre: **A ENTREGA DE BRASILEIRO NATO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL - ANÁLISE SOB A LUZ CONSTITUCIONAL BRASILEIRA QUE VEDA SUA EXTRADIÇÃO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

Ainda neste volume, Ana Gabriela Mendes Braga disserta em **RESENHA**, sobre: **KAFKA: ENTRE O BRILHO DA JUSTIÇA E A BELEZA DOS ACUSADOS** e Marcel Figueiredo Gonçalves escreve sobre **FILME: A “ZONA DO CRIME” E A LEI DO MAIS FORTE.**

Não deixe de ler o 3º volume da Revista Liberdades acessando o Portal www.ibccrim.org.br!

ACOMPANHE O IBCCRIM NO **Twitter!**
ACESSE WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM, CADASTRE-SE E RECEBA POSTAGENS DIÁRIAS.

Você, que não concordou com o ponto de vista exposto no Boletim, por que não escreve, fundamentando sua divergência?
Para propiciar espaço aos outros colaboradores, sintetize sua participação em 6.700 toques, em trabalho inédito.

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ MINAS GERAIS

- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium

■ PARÁ

- Defensoria Pública do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

■ RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

