

TESE 12

Proponente:

Área: Criminal

Súmula: É inconstitucional o provimento 32/00 da corregedoria Geral de Justiça do estado de São Paulo

II Encontro Estadual - 2008

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E FÁTICA

Sem qualquer receio, é possível afirmar que qualquer um dos Defensores Públicos com atribuição criminal já se deparou com algum processo marcado pela incidência do Provimento nº 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que trata das *“medidas de proteção às vítimas e testemunhas, especialmente aquelas expostas a grave ameaça ou que estejam coagidas em razão de colaborarem com investigação ou processo criminal.”*

De acordo com seu artigo 3º, *“as vítimas ou testemunhas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não terão quaisquer de seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de seus depoimentos.”*, sendo que o artigo 5º do ato normativo em questão trata como as partes do processo poderão ter acesso aos dados suprimidos dos autos principais.

A presente proposta visa a examinar a possibilidade de manejo em uma ordem democrática e garantista do Provimento nº 32/00.

Antes mesmo de se realizar a filtragem constitucional do Provimento nº 32/00, mister se faz apontar para a atecnia da Corregedoria Geral da Justiça em elaborar o ato em questão. Possivelmente preocupado com crimes tidos como mais graves, o órgão responsável pela elaboração do Provimento remeteu-se a Lei nº 7960/89, que disciplina a prisão temporária. Até aí nenhuma censura, se não fosse previsto no artigo 109, inciso VI, Constituição da República combinado com artigo 26, *caput*, Lei nº 7.492/86, a competência da Justiça Comum Federal para conhecer, processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional. Assim, mesmo que se considere constitucional, o que não é a posição adotada nesta proposta de enunciado institucional, atesta-se a impossibilidade de o ato normativo em tela versar sobre os chamados “crimes de colarinho branco”.

Superado esse breve adendo que demonstra o evidente abuso normativo constatado no Provimento nº 32/00, pois versa sobre matéria que a Justiça Comum Estadual não exerce a sua jurisdição, nas linhas que se seguem inicia-se a demonstração da incompatibilidade formal e material do ato estadual já tantas vezes citado.

Sob o ângulo formal, mesmo com hercúleo esforço, não há como defender a constitucionalidade do Provimento nº 32/00. Para a melhor elucidação desta assertiva, não é demais recorrer às lições da Teoria Geral do Estado.

A Federação, que é uma das formas de Estado, caracteriza-se pela pluralidade de centros decisórios autônomos, e não soberanos, sob a mesma base territorial. Com o intuito de impedir sobreposições de atuações e, ainda, considerando o fato que incumbe à Constituição a organização do Estado, é que nos Estados Federais a Constituição delimita as competências de cada um dos entes.

A título ilustrativo, seria possível destacar o caso norte-americano em que a Constituição de 1787 traça as competências da União, sendo que as demais matérias ficam reservadas para os estados-membros. Apesar de se tratar de interessante modelo, diante da complexidade da federação brasileira, que é composta por quatro entes, e não dois como nos Estados Unidos, mostrou-se necessário o estabelecimento de diverso critério.

Grosso modo, pode-se afirmar que o texto constitucional pátrio estipulou três vetores que tratam sobre a divisão de competências dos entes da federação, a saber: tributária, administrativa e legislativa.

No que se refere à divisão de competência tributária, ocorreu divisão explícita entre os entes, cabendo a União exercer a competência residual, sendo que essa afirmação se baseia no imposto previsto no artigo 154, inciso I, CRFB/88.

Por sua vez, a divisão competência administrativa se erigiu em explicitações das esferas federal e municipal, incumbindo, portanto, aos estados-membros o restante.

A competência legislativa, ponto-chave para a análise do Provimento nº 32/00, segue, de certa forma, a mesma lógica da delimitação da competência administrativa, isto é, há previsões dos espaços reservados à União e ao Município, sendo que as matérias restantes deverão ser tidas como de competência estadual.

À algumas matérias, é permitida a atuação administrativa e legislativa de todos entes. Como forma de se evitar conflitos, deverá a União traçar normas gerais, ao Estado normas específicas e ao Município suplementá-las.

O artigo 22, inciso I, CRFB/88 assinala que é competência privativa da União legislar sobre matéria processual, sendo que existe a possibilidade excepcional de atuação do estado-membro, desde que lei complementar federal o autorize.

Ao que se sabe, até o presente momento, o Congresso Nacional não aprovou qualquer lei complementar, que delegasse ao estado de São Paulo competência para legislar sobre processo penal, tampouco se tem notícia de sanção presidencial sobre qualquer proposta aprovada nesse sentido.

Em outros termos mais claros, não há qualquer delegação que permita o estado de São Paulo disciplinar sobre matéria processual penal.

E não se deve perder de vista a natureza processual da matéria versada no Provimento nº 32/00, haja vista a sua disciplina no Código de Processo Penal.

Diga-se ainda mais. Em se tratando de vítima ou vítima receosa em depor diante do réu, o Código de Processo Penal autoriza a retirada do réu da sala de audiência para a realização do ato.

A existência da Lei nº 9.807/99, que *"estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal"*, somente vem a corroborar o posicionamento de que a matéria encontra-se fora de alçada estadual.

Outrossim, não resta a mínima dúvida de que se trata de assunto processual, estando, portanto, inserido no âmbito de incidência do artigo 22, inciso I, CRFB/88, o que permite deduzir a violação ao pacto federativo que se traduz no Provimento nº 32/00.

Poderia-se objetar o posicionamento até agora utilizado por meio de duas vertentes, quais sejam, suposta natureza procedimental da matéria disciplinada no Provimento nº 32/00 e também as recentes reformas ocasionadas no Código de Processo

Penal, em especial a Lei nº 11.690/08, que conferiram maior preocupação com a vítima.

Mesmo que se considere como afeto ao procedimento a proteção à vítima e a testemunha, o artigo 24, inciso IX, CRFB/88 trata de competência legislativa comum, o que ordinariamente não é titularizada pelo Poder Judiciário.

Quanto às reformas processuais, em especial a nova redação do artigo 201 do CPP, é relevante assinalar que em matéria de controle de constitucionalidade, ao contrário do que se verifica em outros ramos do Direito, não há espaço para a convalidação. Logo, aquilo que nasceu inconstitucional, mesmo com alteração do parâmetro, o que não é o caso, pois se trata de inconstitucionalidade formal, e não de ilegalidade, não seria retirada a mácula.

Feitas essas considerações, sob o ângulo formal, o Provimento nº 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça não guarda compatibilidade com a ordem constitucional vigente.

Melhor sorte não obtém o Provimento nº 32/00 da Corregedoria Geral da Justiça quando o exame de sua constitucionalidade é feito pelo prisma material.

A ampla defesa é garantia fundamental, sendo composta por três fatores, vale dizer, defesa técnica, autodefesa e defesa efetiva.

Para esta análise, é relevante, mesmo que de maneira sucinta, discorrer sobre a autodefesa, uma vez que é a parcela da ampla defesa realizada pelo próprio réu, podendo ser desmembrada em direito de audiência e direito de presença.

O direito de audiência constitui-se no direito que todo réu tem em ser ouvido por juiz, caso deseje manifestar sua versão dos fatos.

Por outro lado, o direito de presença é aquele que confere ao réu a possibilidade de participar de todos os atos do processo, fornecendo elementos para que seu Defensor possa contraditar argumentos trazidos por uma das testemunhas ou vítima.

Não se menospreza o fato que o exercício da autodefesa, em especial o direito de presença, poderá entrar em conflito com outros interesses que também são tutelados pela Constituição da República: integridade psíquica das pessoas ouvidas em juízo e também a administração da Justiça.

Dessa forma, é de suma relevância encontrar o ponto de equilíbrio nesse conflito, sob pena de esvaziar por completo os bens jurídicos envolvidos.

O princípio da proporcionalidade mostra-se, então, importante ferramenta de auxílio ao intérprete para solucionar a colisão entre ampla defesa *versus* integridade psíquica das vítimas e testemunhas e administração da Justiça.

Conforme as lições doutrinárias, o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade impõe que, caso existam duas soluções cabíveis para a resolução do conflito, se utilize a que menos restringe os direitos envolvidos.

A adequação implica numa análise se os meios são idôneos ao fim proposto.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe uma análise teleológica da restrição realizada para a solução do conflito.

Ora, se o Código de Processo Penal já prescreve a retirada do réu da sala de audiência, caso a vítima ou testemunha se sintam ameaçadas com a presença do integrante do pólo passivo da relação processual, já há previsão de meio menos gravoso do que o utilizado pelo Provimento nº 32/00.

Portanto, sequer é necessário aferir a adequação e o atendimento da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que o Provimento nº 32/00 já viola o princípio da proporcionalidade em seu subprincípio necessidade.

Vai-se ainda mais longe na demonstração da inconstitucionalidade material do Provimento nº 32/00. Um dos argumentos utilizados para os defensores da supressão dos dados qualificativos das vítimas e testemunhas seria o da tutela da intimidade, ainda mais em tempos de mídia invasiva.

É claro que a liberdade de informar, uma das facetas da liberdade de expressão, não é ilimitada. Entretanto, a Constituição da República vedou, até mesmo como resposta ao findo regime militar, o estabelecimento da prévia censura aos meios de comunicação.

Ora, se há vedação constitucional à censura, qualquer limitação prévia ao labor da mídia há de ser tido como inconstitucional. Isso não quer dizer que restrições não são toleradas, o que não se admite é vedação anterior e abstrata.

Destarte, examinando a matéria sob o enfoque da liberdade de expressão, o Provimento nº 32/00 também incide em inconstitucionalidade material por constituir verdadeira prévia censura, o que é defeso pelo texto constitucional.

Demonstradas as inconstitucionalidades existentes no Provimento nº 32/00, resta saber a sanção cabível pela sua utilização. E quanto a esse ponto não pode existir questionamento, posto tratar-se de prova inconstitucional, o que a torna nula.

III – INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Artigo 4º, inciso IV, LC Federal nº 80/94

Artigo 5º, inciso IX, LC Estadual nº 988/06

IV – INDICAÇÃO DO ITEM DO PLANO ANUAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM QUE SE INSERE

Grupo Temático: Direitos Humanos, item 6.