

Com a Palavra, o Estudante

Dialogando com o STF: lições colhidas por um estudante de direito a partir do HC 101.979

Estêvão Nascimento Orcini

“De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.”⁽¹⁾

Esse pequeno fragmento representa a premissa básica do pensamento de **Ferdinand Lassale** sobre a Carta Magna de um país, incidindo na conclusão de que a Constituição escrita de uma nação não passa de um mero pedaço de papel, sem qualquer força, se dissonante com a “Constituição real”, se em confronto com as forças do poder. Dessa forma, se não há receptividade aos seus mandamentos, o melhor caminho é rasgá-la e olvidar seus restos em algum canto.

Essa interpretação do jurista polonês, em alguns momentos, é a que mais parece se coadunar com a posição do Supremo Tribunal Federal, ao menos do que se depreende do julgamento do HC 101.979.⁽²⁾

Recentemente, ao julgar o referido *habeas* (no qual requerida a liberdade do paciente devido ao excesso de prazo de sua prisão preventiva), o Min. Luiz Fux, comovido com a possível prática de extorsão mediante sequestro – objeto de persecução penal ainda sequer concluída em primeira instância – envolvendo uma criança, chamou a atenção desse estudante.

Sua Excelência expressou seus sentimentos e tentou persuadir seus pares com a ideia de que, uma vez que um cidadão tenha praticado tal crime, ele não o praticará apenas uma vez. Ao apreciar o *habeas*, afirmou o Ministro que a regra, para esse agente, é a continuidade delitiva, pois “o sequestro dificilmente é cometido uma vez só. Normalmente, esses, digamos assim, cidadãos voltados para essa prática criminosa...”⁽³⁾

O Min. Marco Aurélio, presente à sessão, interrompeu-o para repelir aquele pensamento, tentando alertá-lo da presunção de culpabilidade em que estava incorrendo pela máxima popular que parafraseava (“o cesteiro que faz um cesto faz um cento”),⁽⁴⁾ na esperança de aquele reestruturar seu raciocínio.

Não satisfeito, contudo, o Min. Fux disse que o caso em tela “não merece nem máxima popular. Ele talvez merecesse outra coisa”.⁽⁵⁾ Ainda, Sua Excelência foi além, prenunciando ser o paciente uma “dessas pessoas em relação às quais eu não tenho o menor sentimento de presumir-lhes a inocência. Absolutamente!”⁽⁶⁾

Como estudante, começo a me preocupar.

Encaminho-me para meu último ano de graduação e, baseado nesses dizeres, todo o aprendizado acerca da interpretação das normas constitucionais e de sua aplicação no processo penal nesse período cai por terra.

Li, de uma feita, o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que comumente se convencionou chamar de presunção de inocência.

Li também, de outra, o posicionamento do Min. Cezar Peluso, em pronunciamento na Comissão de Justiça do Senado,⁽⁷⁾ afirmando que isso é o mesmo que dizer que o fato de ser réu não diminui a dignidade do homem e, por isso, mesmo nessa situação desconfortável, ele não deve ser privado de nada simplesmente

porque é réu. Pelo contrário, a privação deve ser excepcional e ser deferida apenas em casos de extrema necessidade.

Sei, como estudante de Direito, também, que há inúmeros autores no Brasil que trataram do tema, e pelo que li, mesmo que existam nuances na doutrina sobre o princípio da presunção de inocência, desconheço que algum dos posicionamentos possibilite uma regra de tratamento, durante a persecução penal, que rotule o réu em qualquer processo como culpado, ainda mais em *habeas corpus*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – em seus arts. 7.º, item 5 e 8.º, item 2 – e a Declaração Universal dos Direitos Humanos – no seu art. 11, item 1 –, inclusive, consagram o mesmo entendimento, qual seja, o da presunção de inocência até trânsito em julgado.

Apesar de a questão temporal (duração do período da prisão preventiva), o objeto principal do *habeas*, ter se tornado coadjuvante no voto do Ministro, também me lembro de terem me ensinado que o processo deve ter uma duração razoável. Isso porque a persecução penal encerra uma pena em si, uma pena prévia à sentença, uma estigmatização que não depende apenas da questão espacial de estar intramuros⁽⁸⁾ e que fulmina a presunção de inocência, “na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta”.⁽⁹⁾

Caso o Estado não consiga garantir essa razoabilidade (art. 5.º, LXXVIII, da CF), o cidadão não pode pagar por essa deficiência da tutela jurisdicional, quedando-se encarcerado em nome da “ordem pública”, como no caso visto, considerado por Sua Excelência um “crime bárbaro, uma periculosidade social manifesta”.⁽¹⁰⁾

Aprendi também, lendo **Konrad Hesse**, que “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.⁽¹¹⁾ Portanto, mesmo não devendo estar desvinculada da realidade histórica de seu tempo, ela não pode condicionar sua existência simplesmente a essa realidade, o que significa, salvo engano, dizer que ela não pode ser flexionada ao bel prazer dos seus intérpretes e transformada em um papel insignificante.

Parece que esse julgamento é um caso em que o Tribunal maior acabou por adotar razões que relegam a plano secundário as garantias constitucionais. Ali, como se viu, parecem ter sido usados argumentos que ultrapassam o dinamismo criador da possível interpretação da Constituição e das leis, em busca de punições mais severas.

Como estudante, considero preocupante uma disparidade tão grande entre a prática e a teoria, entre o resultado de um julgamento no STF e as aulas da faculdade. Isso porque, se não houver a consonância entre o que se ensina e o que se julga, nós, estudantes, poderemos nos decepcionar ainda mais com a prática do direito que é uma ciência tão linda na teoria. Ou ainda, talvez cheguemos ao trágico ponto de sair por aí, “cada qual com seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar”.⁽¹²⁾

Notas

(1) LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 68.

- (2) HC 101.979, Rel. Min. Marco Aurélio (ao final, Min. Rosa Weber), j. 15.05.2012, DJE 27.06.2012.
- (3) HC 101.197. Inteiro teor do julgamento, p. 17.
- (4) Idem, p.17.
- (5) Idem, p.17.
- (6) Idem, p.17.
- (7) Em reunião extraordinária no dia 07.06.2011.
- (8) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 200.
- (9) Idem, p. 201.
- (10) HC 101.197. Inteiro teor do julgamento, p. 18.
- (11) HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991, p. 16.
- (12) HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, DJE 26.02.2010.

Estêvão Nascimento Orcini
Estudante do 9.º semestre da
Faculdade de Direito da UNESP – Franca.

Descasos

Na defesa de Marcelo

Alexandra Lebelson Szafir

O caso de Marcelo é emblemático, pois mostra a diferença que um advogado pode fazer quando é dedicado e comprometido com a causa e com seu cliente.

Marcelo vendia na feira as bananas que produzia em seu sítio. Quando voltava para casa, certa noite, encontrou-se com duas mulheres, suas “freguesas” na feira, acompanhadas de um rapaz que ele não conhecia. Elas o convidaram para tomar um chopp juntos e Marcelo, alegremente, aceitou.

O que ele não sabia é que o tal rapaz convidara as duas para um “programa” e, conforme a noite avançava, ressentia-se mais e mais de ter que dividir a atenção das mulheres com Marcelo.

Saindo do bar, esse ressentimento, devidamente ampliado pelo álcool, explodiu: iniciou-se uma discussão, que imediatamente evoluiu para a agressão física a Marcelo.

Enquanto a luta progredia, as mulheres gritavam que o rapaz não tinha pago pelo programa. Marcelo, apesar de “alto”, levou a melhor e decidiu resolver ele mesmo o problema do “programa” não pago: jogou um relógio de pulso e um maço de cigarros do “cliente” para as “prestadoras de serviço”. Péssima decisão, mas certamente não um assalto. A dívida, ao que tudo indica, era legítima. Após, cada um foi para o seu lado: Marcelo tomou a direção de sua casa, as moças foram em direção oposta e o seu “cliente” foi procurar a polícia.

O problema é que o rapaz mentiu: disse aos policiais que andava tranquilamente pela rua, quando teria sido repentinamente atacado por um homem e duas mulheres – completos estranhos, segundo ele –, que lhe teriam surrupiado o relógio e o maço de cigarros. E, assim, tornou-se simples vítima de assalto.

Não foi difícil aos policiais encontrar Marcelo e as duas moças: embora separados, andavam calmamente em direção às suas respectivas casas. Segundo narraram os próprios policiais, os três não procuravam se esconder nas sombras, nem corriam em fuga desabalada, como fariam assaltantes típicos.

Levados à delegacia do bairro, começou, ao menos para Marcelo, um pesadelo: os policiais civis não só se recusaram a reduzir a termo a versão dos presos, como espancaram Marcelo – que, até então, nunca tinha posto os pés em uma delegacia de polícia – barbaramente. Fizeram-no se ajoelhar sob um cano do qual saía água gelada, embora fosse uma daquelas noites frias que os paulistanos conhecem tão bem.

Quando a família, desesperada, finalmente descobriu o que estava acontecendo, os policiais se tornaram “amigos” e recomendaram um advogado “ótimo”. A proposta desse advogado? Cobrar uma fortuna (que a família não tinha) para, simplesmente, aguardar a condenação e, quando esta viesse, seu trabalho consistiria em “acelerar” a obtenção

de uma vaga para Marcelo no regime semiaberto. Confiável, não? Lutar pela absolvição de um cliente inocente não estava no “menu” dos seus serviços.

A situação estava nesse pé quando a irmã de Marcelo nos procurou. O caminho a seguir desde o início nos pareceu claro: era provar que a sedizente vítima mentia. Para isso, teríamos que encontrar testemunhas que tivessem visto vítima e réus juntos, confraternizando antes do “assalto”. Mas como fazê-lo? Não bastava, por exemplo, que as testemunhas afirmassem que quatro pessoas com características físicas semelhantes ao grupo em questão tivessem dividido uma mesa de bar e bebido juntas. Era necessário mais: que ao menos uma testemunha afirmasse categoricamente que tal quarteto ERA (e não apenas poderia ser) formado por réus e vítima!

Como trazer os quatro à presença de possíveis testemunhas para reconhecimento era uma impossibilidade absoluta – os três réus estavam presos e a suposta vítima, por motivos óbvios, jamais nos acompanharia –, decidimos serem necessárias fotos dos quatro para mostrar a quem pudesse tê-los visto juntos na fatídica noite.

Obter as fotos dos réus era fácil: bastava pedir às suas famílias. A da vítima, no entanto, era um problema; como iríamos consegui-la? Logicamente, ela jamais concordaria em nos fornecer uma foto sua se soubesse quem éramos e quais eram as nossas intenções.

A solução que encontramos foi digna de uma comédia. Olhando o boletim de ocorrência, descobrimos que o rapaz trabalhava como vigia de um prédio em construção. Um advogado da nossa equipe se fez passar por engenheiro e, conversando com o rapaz (que estava alcoolizado), conseguiu até que ele posasse orgulhosamente para fotos na frente da obra.

A partir daí, tudo correu bem: ao olhar as fotos, uma garçonete do bar se lembrou bem de ter atendido os quatro e se dispôs a testemunhar.

Juntamos as fotos ao processo e sequer foi necessário ouvir a garçonete: quando a suposta “vítima” viu a sua foto nos autos, levou tamanho susto, ficou tão desconcertado, que se confundiu completamente ao tentar sustentar a versão mentirosa que dera aos policiais. O juiz mandou soltar os réus imediatamente e, poucos dias depois, absolveu-os. Não houve recurso da acusação.

Fica a pergunta: e se a família, iludida e inexperiente, tivesse contratado os serviços daquele “advogado” indicado pela polícia? Por sinal, quantas famílias de presos já não terão sido vítimas desse senhor? Penso que tipos assim deveriam ser extirpados da profissão.

Alexandra Lebelson Szafir
Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)