

REVISTA DE
DIREITO

DA DEFENSORIA PÚBLICA DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

27



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

REVISTA DE DIREITO
DA DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

27



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CEJUR
Centro de Estudos Jurídicos
Defensoria Pública - RJ

Sumário

Apresentação	11
DOCTRINA	13
Institucional	15
A inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública e o interesse público institucional	17
<i>Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva</i>	
O protagonismo da Defensoria Pública na proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo	51
<i>Fábio Schwartz</i>	
Para além das Varas de Fazenda Pública: a importância social da atuação extrajudicial da Defensoria Pública na área fiscal.....	71
<i>Guilherme de Lara Picinni</i>	
Legitimidade institucional e a nomeação judicial do Defensor Público como curador especial.....	87
<i>Maurílio Casas Maia e Pedro González Montes de Oliveira</i>	
Direitos Humanos/Fundamentais	105
O direito ao esquecimento e a (im)possibilidade de reconstrução da história.....	107
<i>Ana Carolina Marinho de Moraes</i>	
Trinta anos da Constituição de 1988 e dignidade humana: algo mudou para os presos?	125
<i>Ana Paula de Barcellos</i>	
Direito ao justo: a contemporaneidade dos direitos fundamentais.....	151
<i>Carla Fernandes de Oliveira</i>	
Indulto e delitos hediondos. Uma análise a partir dos tratados de direitos humanos.....	167
<i>Gabriel Albernaz da Conceição</i>	
O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação no Tribunal do Júri	191
<i>Renata Tavares da Costa</i>	

O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação no Tribunal do Júri

Renata Tavares da Costa¹

RESUMO: Este trabalho pretende analisar o conceito de defesa eficaz desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação na Defesa Pública nos processos do Tribunal do Júri.

RESUMEN: El artículo pretende hacer un análisis del concepto de defensa eficaz desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los procesos de los Juicios por Jurados.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Defesa eficaz. Tribunal do Júri.

*“Estou farto do lirismo comedido
Do lirismo bem comportado
Do lirismo funcionário público com livro de ponto expediente
protocolo e manifestações de apreço ao sr. diretor.
Estou farto do lirismo que pára e vai averiguar no dicionário
o cunho vernáculo de um vocábulo.
Abaixo os puristas”.*

Poética, Manuel Bandeira

1. Introdução

O trabalho do Defensor Público nas Varas Criminais é volumoso e árduo. E a tendência é piorar cada vez mais, tendo em vista a quebra da institucionalidade democrática que está prestes a se perpetuar, e que transforma o espaço público num espaço de negação do direito². Em um lugar onde a lei pode considerar tudo como crime, todos serão criminosos. Resultado disso é elevar o Brasil à quarta maior população carcerária do mundo³. Na prática, o dia a dia do defensor traduz-se numa carga excessiva de processos, colocando em risco a qualidade do seu trabalho.

Por outro lado, o Defensor Público está submetido ao controle da qualidade do seu atuar – afinal, ainda vivemos numa República. Este controle pode ser realizado pela própria instituição, pelo destinatário do serviço, pela população em geral. Mas, também, pelos órgãos internacionais de direitos humanos.

Assim, a Corte Interamericana no caso Ruano Torre, na sentença de 2015, teve que estabelecer, pela primeira vez, os alcances da responsabilidade internacional do Estado, pela atuação da Defensoria Pública. O Tribunal, então, entendeu que a atuação dos Defensores Públicos que não solicitaram a nulidade do reconhecimento feito pela vítima, que já tinha visto os acusados por meios de comunicação, e não recorreram, caracterizaria negligência da Defesa. A responsabilidade do Estado foi gerada pelo fato de que é da Defensoria o cumprimento da obrigação prevista no art. 8º, 2 g, da CADH⁴.

Como bem afirmou a Corte, suas decisões não são feitas para estabelecer as responsabilidades individuais. Mas, com certeza, é uma forma de pressionar o Defensor Público. E aqui reza a hipótese do presente trabalho: o que seria uma defesa diligente/eficaz, que resguardasse os direitos dos imputados, numa obrigação que não é de fim senão meio?

Para responder a esta pergunta, a ideia é fixar no primeiro subcapítulo o conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana, para depois, já no terceiro subcapítulo, sugerir algumas atuações que se restringirão ao campo de trabalho e de pesquisa que é o Tribunal Popular.

2. O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os direitos de defesa estão relacionados ao direito a ter uma defesa técnica e à sua atuação. Dessa noção de defesa técnica, nasce a ideia de defesa eficaz. Deste modo, deve ser entendido como resultado da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana. Nela, ele se manifesta como uma cláusula aberta em constante construção. Até o presente momento, por um lado, o Tribunal analisou o comportamento dos profissionais no que tange à aplicação das garantias judiciais e, por outro, especificamente no Caso Ruano Torres, questões de como e quando devem ser nomeados os defensores. É bem verdade que o Sistema Interamericano optou por não fixar a forma exata de como os Estados deverão cumprir esta obrigação.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, as garantias judiciais estão previstas em vários artigos, mais especificamente no art. 8º, e conformam as normas do que se deve entender por devido processo legal⁵.

Diz a CADH:

Artigo 8º – Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou

tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça⁶.

A jurisprudência da Corte tem como ponto de partida reconhecer a obrigação dos Estados de assegurar o advogado e caminha até Ruano Torres, quando, além de fazer uma análise da eficácia da defesa, analisa as condições pessoais e institucionais do advogado defensor proporcionado pelo Estado e sua atuação no caso concreto.

Nesses anos, o tribunal fixou os seguintes *standards* para os direitos de defesa naquilo que se relaciona com a pessoa do defensor: eles devem existir desde que uma pessoa é assinalada como possível autora do delito⁷, o fato de designar um advogado defensor somente para cumprir com um obrigação formal é o mesmo que não ter defesa técnica⁸; a pessoa designada deve ser profissional do direito e diferente da acusação⁹; considerando a autonomia e a independência funcional, o Estado só pode ser responsável em caso de “negligência inescusável” ou “falha manifesta”¹⁰.

O ponto inicial é a Opinião Consultiva nº 11/90, na qual a Corte e o próprio Sistema Interamericano abordam, pela primeira vez, a obrigação do Estado em assegurar

um Defensor¹¹. A consulta foi feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e buscava a interpretação da Corte sobre o requisito de admissibilidade do esgotamento dos recursos internos, em cujos casos as vítimas não teriam condições econômicas para arcar com as custas processuais, mas também nos casos nos quais os advogados rechaçam a defesa, ao serem pressionados por vários fatores, tais como pressão popular, dos meios de comunicação etc.

O Tribunal, então, estabeleceu que o fato de uma pessoa ser indigente não significa estar livre da obrigação de esgotar os recursos internos – depende da lei das circunstâncias do caso. Mas, quando a situação econômica se constituir empecilho ao acesso a recursos por parte da vítima, está-se diante de uma discriminação por razões econômicas, o que viola o dever de garantia de não-discriminação, obrigação de todos os Estados:

Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, *queda discriminada por motivo de su posición económica* y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley¹². (Grifo nosso).

E segue estabelecendo que a proteção da lei constitui uma obrigação positiva do Estado de organizar o aparato governamental de maneira que sejam capazes de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos e que tal obrigação está estreitamente ligada com o art. 8º:

24. Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre *acusación[es] penal[es]* y procedimientos *de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*. Aun cuando ordena que *toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías... por un juez o tribunal* en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas *garantías mínimas*. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas *garantías mínimas*. Al denominarlas *mínimas* la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal¹³.

Em 1999, a Corte reconhece a violação do art. 8.2 e, no caso Castillo Petruzzi, observa que as vítimas não puderam contar com um advogado desde o momento da detenção:

146. La Corte considera, tal y como ha quedado demostrado, que de conformidad con la legislación vigente en el Perú, las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención *hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Por otra parte, cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada (supra 141)*. 147. La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d de la Convención. 148. Sin embargo, en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que hay violación del artículo 8.2.d de la Convención 94. 149. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.d de la Convención.

E que o dever do Estado segue nas instâncias recursais:

152.b. Igualmente, este Tribunal estima que existen pruebas suficientes para concluir que, en la práctica, *no se encuentra a la disposición de los inculpados de homicidio intencional, la asistencia legal adecuada para que presenten acciones constitucionales de manera efectiva*. Si bien de manera formal, se halla consagrado en el ordenamiento jurídico del Estado, el derecho a intentar una acción constitucional, en el caso de George Constantine, Wilson Prince, Mervyn Edmund, Martin Reid, Gangadeen Tahaloo, Noel Seepersad, Natasha De Leon, Phillip Chotalal, Wilberforce Bernard, Amir Mowlah y Mervyn Parris se impidió el empleo de este *recurso en cuanto el Estado no proporcionó a los inculpados asistencia jurídica a fin de que pudieran ejercitarlo efectivamente*, y de esta forma constituyó un recurso ilusorio para aquéllos. Con ello resultaron violados los artículos 8 y 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de ésta¹⁴.

Obrigaçãõ que existe desde os primeiros momentos da detençãõ:

83. Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, *ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público* y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende,

*la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana*¹⁵.

Seguindo essa mesma linha, em 2006, o Tribunal decidiu que:

152. Se advierte que el señor López Álvarez *no tuvo oportunidad de rendir declaración indagatoria en la presencia de su abogado*, con quien tuvo comunicaciones algunos días después de su detención. En consecuencia, *no se le garantizó el derecho de contar con abogado defensor conforme al artículo 8.2.d de la Convención*¹⁶.

152. b. Igualmente, este Tribunal estima que existen pruebas suficientes para concluir que, en la práctica, no se encuentra a la disposición de los inculcados de homicidio intencional, la asistencia legal adecuada para que presenten acciones constitucionales de manera efectiva. Si bien de manera formal, se halla consagrado en el ordenamiento jurídico del Estado, el derecho a intentar una acción constitucional, en el caso de George Constantine, Wilson Prince, Mervyn Edmund, Martin Reid, Gangadeen Tahaloo, Noel Seepersad, Natasha De Leon, Phillip Chotalal, Wilberforce Bernard, Amir Mowlah y Mervyn Parris se impidió el empleo *de este recurso en cuanto el Estado no proporcionó a los inculcados asistencia jurídica a fin de que pudieran ejercerlo efectivamente*, y de esta forma constituyó un recurso ilusorio para aquéllos. Con ello resultaron violados los artículos 8 y 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de ésta.

Assim segue a jurisprudência até o caso Ruano Torres, quando a Corte afirma que, de acordo com a cláusula do devido processo legal, as pessoas devem estar em devidas condições para defenderem-se adequadamente dos atos do Estado. Para tanto, esta cláusula implica no acesso à justiça não só formal, mas, especificamente, naquele que combate os fatores de desigualdade real, ao desenvolvimento de um juízo justo e a uma solução justa. Nesse contexto, o direito de defesa mostra-se como um componente central e bem como a obrigação de tratar o réu como um sujeito de direito¹⁷.

Nesse mesmo caso, reconhece a Corte o costume dos estados latino-americanos em adotar as defensorias públicas como políticas públicas de acesso à justiça. Ainda assim, afirma que ao nomear um defensor com somente o objetivo de cumprir uma formalidade legal equivaleria a não contar com uma defesa técnica.

Daí que esta Defesa Pública deve *atuar de maneira diligente para proteger as garantias processuais do acusado e evitar que seus direitos sejam lesionados, quebrando a relação de confiança*¹⁸.

Aqui reside o grande desafio dos defensores públicos: não deixar que os direitos e garantias judiciais dos acusados sejam violados. Ocorre que são muitas as vertentes que esses direitos podem apresentar. Daí que a ideia do próximo subcapítulo é apresentar algumas sugestões que possam ajudar a criar no futuro uma espécie de código de controle de qualidade.

3. Algumas sugestões para uma defesa diligente no Tribunal do Júri

A ideia de estabelecer parâmetros para configurar a noção de defesa eficaz ou defesa diligente encontra na jurisprudência do Sistema Interamericano uma ferramenta importante. Por outro lado, é na atuação dos defensores públicos que se encontra a grande oportunidade do SIDH para expandir sua aplicação, especialmente num país que historicamente o rechaça.

Nessa conjuntura, a normativa interamericana pode servir no Tribunal do Júri em dois momentos diferentes: na parte processual e na material. No que tange à processual, os padrões internacionais são os mesmos aplicáveis em qualquer processo penal, tais como, prazo de prisão preventiva, direito de defesa, direito ao recurso etc. Na parte material, a proposta é compartilhar a casos concretos, a forma como estes padrões atuam na defesa dos imputados.

Na área processual, há dois momentos diferentes. Um pré-processual e outro processual. O “pré” envolve temas como a prisão cautelar, a comunicabilidade do imputado, os direitos de defesa. Na processual, temas como direito à prova, direito ao recurso e etc.

Sobre a *prisão cautelar*, especificamente no art. 7º da Convenção, cabe destacar o conceito de *prazo razoável*. No Caso Bayarri, a Corte decidiu que:

70. El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada *dentro de un plazo razonable* o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad. La tarea de este Tribunal es examinar si la prisión preventiva a que fue sometido Juan Carlos Bayarri

excedió los límites de lo razonable. 71. *En el presente caso las autoridades judiciales impusieron al señor Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, ordenada mediante resolución de 20 de diciembre de 1991[57] y confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992[58]. Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 cuando fue ordenada su libertad “al absolver[lo] libremente de culpa y de cargo”[59]. En total, el señor Bayarri permaneció aproximadamente 13 años en prisión preventiva[60]* 74. La prisión preventiva *no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar.* El Tribunal ha observado que son *las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento.* Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad[65], la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la *necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.* No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, *el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado* (supra párr. 72) [66]. Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo. 75. La Corte considera que la duración de la prisión preventiva impuesta al señor Bayarri no sólo sobrepasó el límite máximo legal establecido, sino fue a todas luces excesiva. Este Tribunal no encuentra razonable que la presunta víctima haya permanecido 13 años privado de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolvió de los cargos imputados. 76. El Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen[67], y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón[68]. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe¹⁹. (Grifos nossos).

Em relação ao conceito de *prisão arbitrária*, a Corte firmou entendimento que algumas prisões, ainda que compatíveis com a lei, podem ser abusivas, caso algumas normas não observem a necessidade de controle judicial imediato, a comunicação com terceira pessoa, revisão e exame médico, padrões mínimos de condições de detenção. Assim foi com o Caso Bulacio:

129. *Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculcado mientras no se establezca su responsabilidad. [U]n individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado[87].*

130. Por otra parte, *el detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul “podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”[88]. La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculcado[89], pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación[90]. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél[91], como acto inherente a su derecho de defensa.*

131. Los detenidos *deben contar con revisión y atención médica preferentemente a cargo de un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal*. Los resultados de cualquier examen médico que ordenen las autoridades – y que no debe ser practicado en presencia de las autoridades policiales – *deben ser entregados al juez, al detenido y a su abogado*, o bien, a éste y a quien ejerza la custodia o representación del menor conforme a la ley [92]. La Corte ha señalado que la atención médica deficiente de un detenido es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana [93].

132. *Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos*[94], que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores. Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores, es preciso *que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones*[95]. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: *identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido*, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención.

133. Walter David Bulacio tenía 17 años cuando fue detenido por la Policía Federal Argentina. La Corte estableció en su Opinión Consultiva OC-17 que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”[96]. En este sentido, la Corte señala *que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño*, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”²⁰. (Grifos nossos).

Um ponto importante aqui é o *controle judicial da prisão preventiva e do direito ao tempo adequado para preparar sua defesa*. Isto inclui um debate que temos agora no Rio de Janeiro sobre a questão da entrevista prévia com o preso. Antes do caso de Bangu²¹, os presos eram requisitados pelos juízes para entrevistarem-se com o Defensor. Depois, o TJRJ baixou uma resolução²² na qual determina que a requisição seja limitada ao comparecimento às audiências. Desde então, começamos a debater o projeto de lei que institui a *Audiência de Custódia*²³. Nela, o preso seria apresentado perante um juiz que iria fazer a controle preliminar da custódia e faria a entrevista com o Defensor que receberia instruções sobre como proceder a sua defesa.

78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que *la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediatez procesal*. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El *simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía*, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente²⁴.

Outro ponto crucial é a questão da *tortura*. Geralmente a atenção médica após a prisão é uma formalidade ridícula. Com facilidade verifica-se nos exames de corpo de delito, afirmação no sentido de que as lesões sofridas pelo preso são *causadas por uma queda*. Mesmo quando se via o rosto do indivíduo todo machucado. A versão do acusado nunca é levada em consideração pelos magistrados. A prova, nesse caso, *não é considerada ilícita, pois não há laudo que comprove a tortura*.

Nesses casos, geralmente *é importante questionar a suspeição do juiz*. O raciocínio é o seguinte: segundo a jurisprudência do SIDH, os Estados têm a obrigação de iniciar imediatamente uma investigação independente e imparcial quando são comunicados de crime de tortura. Quando, após o interrogatório, deixam de se movimentar, ou seja, deixam de, no caso brasileiro, oficiar ao Ministério Público, *escolheram a versão dos policiais, rechaçando a dos imputados, o que fere sua imparcialidade*. Assim sendo,

Na esteira do que decide a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana entende que a imparcialidade possui duas vertentes: uma subjetiva e outra objetiva. Se a primeira refere-se à relação que um juiz tem em relação ao caso concreto, a segunda refere-se à percepção razoável

de imparcialidade daquele que vai ser julgado, refletindo a *confiança que as cortes devem inspirar no público*, sobretudo nos acusados, numa sociedade democrática. Estes estândares internacionais foram estabelecidos no caso *Piersack c. Bélgica* onde o Tribunal Europeu estabeleceu que o teste subjetivo de imparcialidade consiste em descobrir a convicção pessoal de um juiz num caso concreto.

Na dificuldade de estabelecer o preconceito pessoal do juiz, é necessário analisar se a Corte é vista como um tribunal imparcial. E aqui, a Corte Europeia introduz a noção de aparência: a confiança que essa corte inspira numa sociedade democrática. Relação de confiança esta que restou abalada pelo comportamento da autoridade judicial que, diante de vários relatos de atos de tortura perpetrados pelos policiais que efetuam a prisões, deixou de dar início a uma investigação eficaz, violando uma norma básica de Direito Internacional que pode gerar futuramente a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro. Assim o é pois desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os tratos inumanos e cruéis são terminantemente proibidos, qualquer seja a situação. Proibição esta prevista também no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, bem como em todos os sistemas regionais de proteção (Europa, América e África). Pensando especificamente na América, observado que o Brasil se sujeitou à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, sendo assim, também deve observar sua jurisprudência, deveria o juiz, ao menos, iniciar uma investigação contra os atos relatados pelos réus no momento de sua prisão. Em sua jurisprudência, a Corte IDH, desde seu primeiro caso, *Velásquez Rodrigues*, este Tribunal decidiu que faz parte da obrigação de todos os estados, de iniciar uma investigação pronta e imparcial quando se tem notícia de crime de tortura. E a parcialidade será comprovada toda vez que o juiz deixar de iniciar uma investigação²⁵. No caso em concreto, havendo notícia de que o imputado tenha sido torturado, deve a autoridade iniciar imediatamente uma investigação independente e imparcial sobre os fatos narrados, a fim de verificar se a prova foi obtida por meio ilícito, mas que irá influenciar no ânimo do acusado através de uma sensação de desconfiança sobre a atuação do juiz omissivo. E assim sendo, viola o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, como mandam os tratados de direitos internacionais dos quais o Brasil é signatário e nossa Carta Constitucional²⁶.

O direito a ser julgado por um juiz imparcial também pode ser aplicado nos casos em que o mesmo juiz *concede a preventiva e julga o caso, faz algum julgamento de valor, expõe sua opinião na TV*.

No que se refere ao processo, uma abordagem interessante é aquela relacionada ao conceito de vulnerabilidade. A ideia aqui é adotar este conceito para relativizar os depoimentos dos policiais no tráfico de drogas. Mas no júri, muitas vezes, é essencial para entender o contexto no qual se desenrolam os enredos criminais.

Segundo LORENZETI, o reconhecimento da vulnerabilidade de determinadas pessoas, pertencentes a determinados grupos, *rompe com a lógica anterior do direito, estabelecida nos séculos XIX e XX*, baseada na liberdade e na auto-responsabilidade. Até então, o ser humano era considerado um sujeito capaz e determinado de acordo com sua própria consciência. O autor assevera que:

...esto implica una dogmática jurídica consiguiente que es la noción de capacidad plena, de discernimiento pleno y de ejercicio también pleno de la libertad. Con lo cual se supone que todos los sujetos jurídicos son iguales ante la ley de modo abstracto, no material sino como posición jurídica delante de la ley. Y entonces, son responsables de todos los actos, buenos y malos, que ellos adopten durante su vida cotidiana²⁷.

Mas, o então Presidente da Suprema Corte Argentina afirma que a questão da igualdade, *não pode assentar sobre o pressuposto da liberdade e autodeterminação. Falar em igualdade é falar em proteção!* É reconhecer as diferenças de oportunidades de determinados grupos²⁸ que, por estarem fora do processo político e econômico, vivem numa situação de total discriminação e desprezo. Em suas próprias palavras:

Esta idea de auto-responsabilidad choca fundamentalmente con la noción de *vulnerabilidad que, por el contrario, se basa en otro valor que es la igualdad, no la libertad*, y que desarrolla otro principio que no es el de la auto-responsabilidad sino el de la protección, el principio protectorio de alguien que es vulnerable, que es más débil, que está en una posición de hiposuficiencia. Y como consecuencia de este principio se desarrollan tecnologías jurídicas diferentes, que son de naturaleza protectoria. Es decir, ir más allá de la voluntad expresada con discernimiento, intención y libertad. A veces corrigiéndola en beneficio del sujeto. Como vemos, estamos frente a dos corrientes de pensamiento, dos valores, dos principios y dos estelas diferentes de dogmática jurídica²⁹.

O conteúdo da expressão pode ser extraído, principalmente, do documento conhecido como as “100 Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Situação de Vulnerabilidade”³⁰, ou “100 Regras de Brasília”. Documento preparado pelas cúpulas do Poder Judicial, para ser aplicado pelos membros deste poder³¹.

A Regra nº 3 assim o define:

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, *encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.* (Grifo nosso).

No Tribunal do Júri, ele pode ser aplicado no momento da apelação para comparar o tratamento que o tribunal concede às apelações da defesa e do MP. Mas, também, para discutir vários casos no mérito, especialmente quando o imputado apresenta uma das condições de vulnerabilidade.

O conceito de vulnerabilidade remete ao *direito ao tratamento igualitário*, previsto tanto em nossa Constituição como em tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário³².

No Júri de Caxias, quando os jurados absolvem o acusado e o Ministério Público apela, na maioria dos casos, o recurso é provido para que seja realizado novo julgamento. Quando os jurados condenam, na grande maioria das vezes, o recurso é improvido sob a alegação de que, existindo duas versões, optando os jurados por uma, anular o júri seria violar a sua soberania.

Situação facilmente constatada em rápida pesquisa no site do TJRJ. Assim, acessando a parte da Jurisprudência do PJERJ, colocando as palavras “Tribunal” e “Júri”, durante o ano de 2013, irão aparecer 262 documentos. Tendo em vista a escassez do tempo, pesquisei os 40 primeiros documentos, o que corresponde a 15% dos processos. Entre *Habeas Corpus*, Recurso em Sentido Estrito e outros recursos, foram encontradas 16 apelações: 12 exclusivas da Defesa, duas exclusivas do MP e duas do MP e da Defesa.

Das apelações exclusivas da Defesa, uma não guardava qualquer relação com o Tribunal do Júri anteriormente citado, por tratar-se de pedido de nulidade processual ante o uso de algemas perante o juiz singular. Duas referiam-se a pedido de redução de pena. E o resto reclamava a anulação do julgamento por erro dos jurados ante a prova produzida nos autos.

Todas elas foram improvidas. Os argumentos eram os mesmos: *se a prova brindava duas versões e os jurados optaram por uma, não há que se falar em contrariedade à prova dos autos.*

Interessante notar, sob a ótica do direito ao tratamento igualitário, que, nestes casos, o tribunal *faz uso de linguagem genérica sem adentrar na prova produzida nos autos:*

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 0002388-08.2010.19.0037. Rel. Des. Ronaldo Assed Machado. APELAÇÃO CRIMINAL. O réu foi julgado pelo Tribunal do Júri e condenado a 16 anos de

reclusão em regime fechado, pela prática do delito previsto no Art. 121 § 2º, inc. I do Código Penal c/c Art. 1º da Lei nº 8.072/90. O Conselho de Sentença entendeu que a morte da vítima ocorreu por motivo fútil, vale dizer, por conta de dívida das vítimas com traficantes locais. O réu apela. Alega que tal julgamento é manifestamente contrário à prova dos autos. SEM RAZÃO. A materialidade do fato em questão está comprovada pelo auto de exame de local de homicídio e pelo auto de exame de corpo de delito. *Por sua vez, a autoria e a qualificadora do motivo fútil estão claras ante os depoimentos de testemunhas.* Existindo elementos sérios que fornecem sustentação à censura penal feita pelos jurados, não pode esta decisão ser considerada como arbitrária ou contrária aos elementos existentes nos autos. A censura penal final do *Tribunal Popular* deve ser preservada e confirmada por esta Corte. Ainda que haja mais de uma vertente de provas sobre os fatos em discussão, sendo plausível a aceitação pela maioria dos jurados deve ser respeitada e acatada, em atenção ao princípio da soberania das deliberações provenientes do *Tribunal do Júri*. Precedente jurisprudencial. Recurso CO-NHECIDO, mas NEGADO PROVIMENTO a ele.

E, quando adentram na prova produzida nos autos, é para afirmar veementemente que os jurados erraram:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DES. M. SANDRA KAYAT DIREITO – Julgamento: 15/10/2013 – PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL EMENTA: APELAÇÃO – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS E LESÃO CORPORAL CULPOSA – ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, E ART. 129, § 6º, N/F ART. 73, SEGUNDA PARTE C/C ART. 69, TODOS DO CP – MATERIALIDADE E AUTORIA SEGURAMENTE DEMONSTRADAS – CONDENAÇÃO – TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA – DESCABIMENTO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – A APRECIÇÃO DAS PROVAS É FEITA PELOS JURADOS COM BASE EM SUAS ÍNTIMAS CONVICÇÕES – SOBERANIA DOS VEREDITOS – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS VOTAÇÕES – ART. 5º, XXXVIII, –b– DA CF – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA NA PENA DO APELANTE MARLON, JÁ QUE NÃO COMPROVADA – CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES – INAPLICABILIDADE DO ART. 70, 1ª PARTE, POR SER PREJUDICIAL AO RECORRENTE MARLON – MODIFICAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA PARA FIXAR A PENA DEFINITIVA DE MARLON BATISTA ZIFRINO EM 14 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO E

09 MESES DE DETENÇÃO, NA FORMA DO ART. 69 DO CP. No dia dos fatos, *as vítimas estavam em um bar, quando os apelantes entraram, efetuando vários disparos de arma de fogo contra Adriano*, que tentou fugir na direção de Laís, mas não logrou êxito, sendo atingido por vários projéteis, vindo a falecer no local. Laís sofreu lesões corporais. É cediço que em comunidades dominadas pelo tráfico de drogas existem brigas entre facções rivais pelo domínio de territórios, muitas vezes ocorrendo homicídios por vingança e para demonstração de força do grupo oponente, exatamente como se deu no caso dos autos. *Ficou claro, também, para os integrantes do Tribunal Popular, que os apelantes integram a organização criminosa, que domina o tráfico de drogas no local e que participaram da ofensiva contra a vítima Adriano e que também resultou em lesão corporal da vítima Laís.* O princípio constitucional do sigilo da votação faz com que a decisão dos jurados nasça de suas íntimas convicções. *Não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do júri que escolhe entre duas versões apresentadas em plenário sobre os crimes, desde que a tese eleita esteja amparada em provas constantes nos autos, o que se verifica no presente caso.* No que tange ao apelante Jerônimo, não há o que adir ou suprimir na aplicação de sua pena. Com razão a defesa de Marlon, quando pede a redução da pena imposta, por não ser o mesmo reincidente. Compulsando-se a FAC de Marlon, percebe-se que a condenação considerada pelo magistrado sentenciante é posterior ao delito em tela. Assim, imperioso o afastamento da reincidência, passando a considerar a referida condenação como maus antecedentes. Embora os crimes tenham sido praticados por Marlon, mediante uma só ação, afasto a incidência do art. 70, 1ª parte do CP, já que prejudicial ao recorrente, tornando a pena definitiva em 14 anos e 4 meses de reclusão e 9 meses de detenção, pelos crimes de homicídio qualificado e lesão corporal culposa em concurso material, na forma do art. 69 do CP. DESPROVIMENTO DO APELO DE JERONIMO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DE MARLON E, DE OFÍCIO, AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ART. 70, 1ª PARTE DO CP DA DOSIMETRIA DA PENA DE MARLON, APLICANDO O CONCURSO MATERIAL, POR SER ESTE MAIS FAVORÁVEL.

Por outro lado, das 16 apelações pesquisadas, apenas duas foram exclusivas do MP. Uma provida e a outra não. Percebe-se que na apelação provida para anular a absolvição, há um relato específico sobre a prova produzida no processo:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO OITAVA CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008377-58.2011.8.19.0037 APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO. APELADO: JOSIMAR DE ABREU

INÁCIO RELATOR: DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO PELA TORPEZA, MEIO CRUEL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUE, POR MAIORIA, NÃO RECONHECEU A AUTORIA. RECURSO MINISTERIAL DESEJANDO A SUBMISSÃO DO APELADO A NOVO JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA, AO ARGUMENTO DE SER A DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. O recorrido foi pronunciado pela realização de um homicídio triplamente qualificado pela torpeza, meio cruel e por recurso que impossibilitou a defesa da vítima (surpresa). A decisão interlocutória mista admitiu a realização da conduta comportamental descrita no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV do Código Penal. Como resultado do julgamento, a Corte Popular expediu édito absoluto. *O deciso do Conselho não encontra eco na prova dos autos, quando há depoimentos contundentes na afirmação da autoria, como o da testemunha João Carlos, ouvido na sede policial e, posteriormente, em Juízo – ainda na primeira fase –, ratificando o que antes havia dito na Delegacia, no sentido de que, no dia dos fatos estava do lado de “Jorô”, alcunha do recorrido Josimar, vendendo drogas para este, quando a vítima Wagner chegou na boca de fumo tentando vender um aparelho celular. Ocorre que este teria sido objeto de subtração no próprio morro, o que é proibido, segundo as regras do tráfico. Apesar dos pedidos feitos pela vítima, o recorrido, escudado na tal “regra”, foi atrás de um barraco e pegou um pedaço de madeira, com o qual, de inopino, atingiu reiteradamente a vítima no corpo e na cabeça, causando-lhe as lesões que a conduziram ao óbito.* Corroborando a versão do menor, o depoimento da Conselheira Tutelar Lucia Helena, acionada quando da prisão de João Carlos, apreendido e levado à Delegacia por seu envolvimento com o tráfico de drogas. Disse a Conselheira que o menor teria falado espontaneamente e não estava sob efeito de drogas. É evidente que para se arrostar o veredicto da Corte Popular, a decisão deve ser MANIFESTAMENTE contrária à prova dos autos, o que se pode afirmar com relação ao homicídio praticado contra a vítima Wagner. Havendo substância jurídica e inegável poder de convencimento no caderno das provas, principalmente no relato de testemunha “icto oculi” do delito, tudo autorizando a realização de novo procedimento, assim é que deverá o recorrido ser submetido a novo julgamento. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, na forma do voto do Relator.

Inserção esta que não é encontrada em nenhuma das apelações da Defesa, o que reflete o tratamento discriminatório que os recursos da Defesa têm neste tribunal.

O SIDH revelou-se também útil para combater essa doutrina que esvazia a dimensão do HC. O motivo que justifica o não conhecimento do HC está mais à frente do julgado:

Cumpra salientar, de início, na esteira do que vem decidindo esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, *a necessidade de racionalização do habeas corpus*, a fim de preservar a coerência *do sistema recursal* e a própria *função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção*. O remédio constitucional tem suas *hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais*, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos à apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. *A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente*, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal. O Supremo Tribunal Federal tem se orientado pela inadequação do manejo do habeas corpus em substituição a recurso próprio. A propósito, confira-se o seguinte julgado: HC n. 105.802/MT, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 20/11/2012. Saliente-se que inclusive o Ministro Dias Toffoli, vencido na sessão de 14/8/2012, passou a adotar o entendimento do Colegiado, conforme decisão tomada no HC n. 114.924/.

Opção esta que viola os *arts. 25, 7º e 8º da Convenção Americana*.

A uma pois o sistema recursal previsto para as decisões que abrem caminho às cortes superiores não cumpre com os requisitos *da simplicidade e da rapidez*. Raramente os recursos da Defensoria Pública na área penal são recebidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Os trâmites são capazes de levar anos.

Não se pode deixar de falar sobre aplicação das decisões da Corte Interamericana nos debates em plenário para os jurados. Trata-se de um campo fértil para *ajudar o Defensor Público a não violar direitos humanos*.

Em Duque de Caxias, grande maioria dos casos está relacionada com a violência de gênero. Uma possível tese é a questão da legítima defesa da honra. Hodiernamente, este tipo de argumento é uma falácia e, ao defensor, está vedado seu uso. Para contrabalancear no Júri, pode-se lançar mão da noção de *violação estrutural*.

Ela é diferente da violação sistemática e massiva, pois as últimas são planejadas (como, por exemplo, a operação Condor). É resultado de um estado de coisas inconstitucionais, que afetam um determinado grupo social através de questões institucionais ou culturais. Caracteriza-se por práticas consentidas, nas quais a pessoa não tem a percepção do que constitui uma ação violadora de direitos humanos.

Conceito este que foi trabalhado pela Corte Interamericana no caso conhecido como “Campo Algodonero”, quando o tribunal entendeu que havia um contexto de *violação estrutural*. Nesse julgamento, a Corte teve que analisar a responsabilidade do Estado por atos perpetrados por terceiros no que se refere ao assassinato de mulheres. Para tanto, afirmou o dever reforçado de garantia num contexto de *violação estrutural de direitos humanos*:

231. Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de *un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez*. (Grifos nossos).

Os homicídios seguiam um padrão comum. Por outro lado, a questão da discriminação de gênero fica clara também ante o comportamento das autoridades, resultante de complexas práticas culturais, e que consistia no trato discriminado por toda uma sociedade, sem que esta saiba o que realmente aconteceu. Temos aqui a questão da co-culpabilidade. Mas desenvolvida pela ótica dos direitos humanos e com *standards* internacionais³³.

Outra discussão importante na temática da violência de gênero é quando a mulher, parte mais fraca da relação, é autora do crime de homicídio. Neste caso, o homicídio é a única forma que ela tem de se livrar do círculo de violência a que está submetida. Assim sendo, a defesa deve ser no sentido de que, num contexto de violência sistemática, ela deve ser absolvida, pois não havia outra possibilidade de se livrar.

Nesse caso, o discurso é no sentido de *reconhecer a violência de gênero como uma forma de tortura* e redimensionar os requisitos da legítima defesa, especialmente no que concerne à agressão imediata. Nos casos em que a mulher é vítima desse ciclo de violência, a agressão pode ser a qualquer momento. Neste mesmo sentido, o recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Sendo ela a parte mais fraca, nunca cometerá o crime com afronta direta³⁴.

4. Conclusão

A incorporação da discussão sobre o direito internacional dos direitos humanos, mais especificamente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, transformou-se, por um lado, numa ferramenta essencial de efetivação dos direitos e das garantias judiciais. Mas, por outro, em mais uma instância de controle da atuação no sentido de que o defensor em seu *mínus* não seja violador de direitos humanos, especialmente em alguns casos no Tribunal do Júri.

O caminho é árduo, mas fértil. Parafraseando Galeano, fazemos um HC e ele não dá em nada, fazemos 10 HCs e eles não dão em nada, fazemos mil HCs e eles não dão em nada. Então, para que serve o HC? Para ajudar a convencer!

5. Referências

ALEIXO, José Carlos Brandi. “O processo de independência do Brasil e suas relações com os países vizinhos”. Série Estudos e Ensaios. Ciências Sociais, Flacso Brasil. Jun. 2009. Disponível em <http://www.flacso.org.br/pdf/serie_estudos_ensaios/Padre_Aleixo.pdf> Acesso em: 04 dez. 2014.

ANDREU-GUZMÁN, Federico e COURTIS, Christian. *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. “Defensoría pública: garantía de acceso a la justicia.* Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Resolução TJ/OE/RJ nº 45/2013. Dispõe sobre a apresentação de réus presos nas dependências do Poder Judiciário, a comunicação de atos processuais, e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Penal nº 0019869-27.2013.8.19.0021. Ministério Público vol. M. e outros.

COSTA, Renata Tavares. Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos. 04-07 nov. 2015: Paraná) Livro de teses e práticas exitosas: Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/XII_CONADEP_P_GINA_DUPLA.pdf> Acesso em: 21 ago. 2016.

Criança e PM morrem num tiroteio em Bangu, no Rio. UOL Notícias. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/31/crianca-morre-durante-tiroteio-no-forum-de-bangu-no-rio.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2014

CUNHA, José Ricardo (Org). *Direitos humanos, poder judicial e sociedade.* Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011.

FISS, Owen. Grupos y la cláusula de la igual protección. GARGARELLA, Roberto (comp.), “Derecho y grupos desaventajados”, Gedisa, Barcelona, 1999, version original: “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public affairs*, vol. 5, 1976, p. 107.

GARCIA, Luis M. El derecho del imputado a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana. *Nueva doctrina penal*, p. 465.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. As nulidades no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 209

LIMA, Fernando Antônio de. “Lei da Anistia e Caso Araguaia: condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos exige outra postura do STF”. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-2---volume-43/lei-da-anistia-e-caso-araguaia-condenacao-brasileira-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-exige-outra-postura-do-stf>>, Acesso em: 09 dez. 2014.

LIMA, George. “Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais”. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais#ixzz3KvWOpvrg>> Acesso em: 04 dez. 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, vol. 1, 2010.

LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. “Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal”. Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Agosto 2004, p. 169

LORENZETTI, Ricardo. Acceso a la justicia de los sectores vulnerables. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008. Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014, p. 62

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Calderon c. Ecuador_Caso Velásquez Rodrigues v Honduras. Caso Velásquez Rodrigues v Honduras. Caso Ruano Torres v El Salvador. Caso J. v Peru. Caso Arengueles v. Argentina. Caso Velez Loor v. Panamá. Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores v. Mexico. Caso Barreto Leiva v. Venezuela.

COSTA, Renata Tavares da; PACHECO, Rodrigo Baptista. Tráfico de Drogas e Defensoria Pública: um estudo à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: BURGER Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patricia; LIMA, Sérgio Sales Pereira (organizadores). *Defensoria Pública: reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. Brasília, Anadep,

2015. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf>. Acesso em: 21 de ago. 2016.

PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para regulación de Derechos Humanos. (Org.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*.

SÁNCHEZ, Luciana; SALINAS, Raúl. Defenderse del femicidio. In: CHINKIN, Christine et al. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. 1ª ed. Buenos Aires:Defensoría General de la Nación, 2012. Disponível em <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/007%20Violencia%20de%20Genero.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

UE. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Piersack v. Belgica.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimensión política de un poder judicial democrático. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/09/51zaffaroni.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014

ZAFFARONI, E. R. et al. *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002, p. 127

Notas

1. Mestranda em Direito Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; pós-graduação em Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires; pós-graduação em 100 Reglas de Brasília y Sistema Interamericano de Derechos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade do Chile; especialização em Direitos Humanos pelo Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law – American University; Defensora Pública titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias.
2. Cf. Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. de Iraci Poletti. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.
3. DPGE. “Já somos a 4ª população carcerária do mundo”, Disponível em <https://www.facebook.com/defensoriapublicadoriodejaneiro/photos/a.705539306228375.1073741828.705466469568992/1026224364159866/?type=3&theater> . Acesso em: 22 ago. 2016.
4. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ruano Torres. §§ 157 e seguintes.
5. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ruano Torres. § 152.
6. OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos.
7. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Arengueles y Otros. §§ 175 e seguintes.

8. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Idem § 176 e 177.
9. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva. §§ 62 e seguintes.
10. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores. § 156.
11. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n° OC-11/90: Excepciones Al Agotamiento de los Recursos Internos (Art. 46.1, 46.2.A y 46.2. da Convención Americana sobre Derechos Humanos) Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
12. Idem, § 22.
13. Idem, § 24.
14. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin.
15. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero, § 83.
16. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez, § 142.
17. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres, § 151.
18. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres, § 157.
19. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bayarri c. Argentina.
20. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Walter Bulacio c. Argentina.
21. O caso de Bangu refere-se a uma tentativa frustrada de resgate de um preso na carceragem do fórum regional de Bangu quando, após uma troca de tiro, uma criança foi alvejada e morta. “Criança e PM morrem num tiroteio em Bangu, no Rio”. UOL Notícias. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/31/crianca-morre-durante-tiroteio-no-forum-de-bangu-no-rio.htm>>. Acesso em: 11 dez.2014.
22. BRASIL. TJRJ. RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ N° 45/2013 Dispõe sobre a apresentação de réus presos nas dependências do Poder Judiciário, a comunicação de atos processuais, e dá outras providências.
23. No Brasil, a melhor definição da audiência de custódia é fornecida por LOPES JR e PAIVA: “consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”. LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. “Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal”. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*. Agosto 2004, p. 169.
24. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Calderon c. Ecuador § 78.
25. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodrigues v Honduras.
26. COSTA, Renata Tavares da; PACHECO, Rodrigo Baptista. Tráfico de Drogas e Defensoria Pública: um estudo à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: BURGER Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patricia; LIMA, Sérgio Sales Pereira (organizadores). *Defensoria Pública: reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. Brasília, Anadep, 2015. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.
27. LORENZETTI, Ricardo. *Acceso a la justicia de los sectores vulnerables. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008.

Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf> >. Acesso em: 28 ago. 2014, p. 62.

28. Importante abordagem sobre o conceito de grupos é desenvolvida por Owen Fiss em “Grupos y la cláusula de la igual protección”, em Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 137-167, version original: “Groups and the equal protection clause”. In: *Philosophy and public affairs*, v. 5, 1976, p. 107.
29. Ricardo Lorenzetti, Idem, p. 62.
30. A Cúpula Iberoamericana dos Poderes Judiciais, reunidas em Brasília em 2008, aprovaram as “100 Regras de Acesso à Justiça de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade”, mais conhecidas como as “100 Regras de Brasília”. Discute-se muito o valor normativo dessas regras, mas o entendimento majoritário é que se foi um documento feito pelo Poder Judiciário para o Poder Judiciário, resta aí sua forma vinculante. É que “en el ámbito normativo internacional es perfectamente posible que un instrumento que no tenga las características propias de un tratado, pueda llegar a tener fuerza vinculante en la medida que se den ciertas condiciones de contexto”. Minuta sobre a força normativa das “100 Regras de Brasília”, texto estudado no curso “100 Regras de Brasília e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, Faculdade de Direito, Universidade do Chile.
31. Sobre a força normativa do documento, v. ANDREU-GUZMÁN, Federico e COURTIS, Christian. “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, *Defensoria Pública: garantía de acceso a la justicia*. Disponível em: <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf> >. Acesso em: 28 ago. 2014.
32. Veja-se por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.
33. Costa, Renata Tavares. “Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri”. Congresso Nacional de Defensores Públicos (12.: 04-07 nov. 2015: Paraná) Livro de teses e práticas exitosas: “Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade.” Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtksite/XII_CONADEP_P_GINA_DUPLA.pdf> Acesso em: 21 ago. 2016.
34. Sánchez, Luciana ; Salinas, Raúl. “Defenderse del femicidio”. In: CHINKIN, Christine el al. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres* 1ª ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación; Defensoria General de la Nación, 2012. Disponível em <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/007%20Violencia%20de%20Genero.pdf> Acesso em: 21 ago. 2016.