

**Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

**Terceira Câmara Criminal**

**Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 0011249-55.2014.8.19.0000**

**Agravante: Ministério Público**

**Agravado: Jadir de Alvarenga**

**Relator: Desembargador Paulo Rangel**

EMENTA.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO DO RÉU DE SE ENTREVISTAR PREVIAMENTE COM SEU DEFENSOR PÚBLICO EM JUÍZO PARA OFERTAR DEFESA PRÉVIA NEGADO PELA AUTORIDADE COATORA. DECISÃO MONOCRÁTICA CASSANDO A DECISÃO DA AUTORIDADE COATORA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. Direito de defesa que exige a prévia entrevista entre o réu e seu defensor público em um mínimo comportamento processual ético. Regra clara do CPP, do Pacto de São José da Costa Rica, ambos amparados pela Constituição da República. Requisição do preso que se faz necessária a fim de assegurar direito sagrado e inalienável do acusado dentro do Devido Processo Legal. Processo criminal movido pela ética da alteridade, isto é, a ética para com o outro enquanto um ser igual a nós na sua

diferença. Defensoria Pública que ainda não está instrumentalizada para atender aos presos sem que haja a prévia requisição em juízo para fins da oferta da defesa prévia. Direito indisponível que não pode ser postergado. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Agravo*, em que é agravado Jadir de Alvarenga, **ACORDAM** os Desembargadores que integram a Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **maioria** de votos, em negar provimento, nos termos do voto do Des. Relator.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental em *habeas corpus*, objetivando o reexame, pelo Colegiado, e a consequente cassação da decisão monocrática que cassou e declarou nulos todos os atos processuais posteriores ao recebimento da denúncia, quanto a decisão *a quo* que indeferiu pedido de requisição do Agravado para entrevista com o Defensor Público, Recorrido denunciado por suposta infração aos

artigos 147 e 359 do CP, tendo a autoridade apontada como coatora decretado a sua prisão preventiva e recebido a denúncia, determinando a citação do acusado.

Ato contínuo foi requerida sua requisição para entrevista e elaboração da resposta preliminar, o que foi indeferido pelo r. Juízo.

A Defesa requereu que fosse o réu requisitado para possibilitar a elaboração da resposta preliminar, o que foi indeferido pelo Juízo apontado como coator, sob o argumento de que existe vedação expressa no art. 1º da Resolução nº 45/2003.

Aduziu o Agravado que a requisição do preso para entrevista com o Defensor Público busca tutelar o legítimo interesse assegurado como Direito Fundamental na Magna Carta que se reveste de diversas denominações, a saber: Ampla Defesa, Contraditório, Efetividade da Prestação Jurisdicional e Devido Processo Legal, sendo certo que “a defesa é órgão da administração da justiça e não mero representante dos interesses do acusado”.

O Agravado sustenta que a entrevista pessoal do réu preso com o Defensor Público que elaborará sua defesa preliminar, além de prerrogativa do membro da instituição, constitui expressão da ampla defesa constitucional, diante de tudo quanto já exposto acerca

da importância da referida peça processual e de suas consequências, após a reforma do processo penal.

Decisão monocrática às fls. 43/45.

Parecer ministerial pela reconsideração da r. decisão agravada, em sede de juízo de retratação (art. 201 do RITJ), em razão da flagrante nulidade, ou, caso assim não entenda V. Exa., seja o presente agravo submetido à apreciação do colegiado da 3ª Câmara Criminal deste egrégio Tribunal de Justiça, em observância ao Princípio da Colegialidade, para que, cassada a decisão monocrática, seja dada imediata vista ao Ministério Público para apresentação de parecer.

É o breve relatório.

## **VOTO**

*"Como policial perdi muitos casos devido a truques jurídicos, mas eu acreditava no sistema. Como promotor perdi muitos casos para advogados corruptos, mas eu acreditava no sistema. Como juiz eu procurei seguir a lei ao pé da letra, porque eu acreditava no sistema... até*

*eles destruírem minha família. Daí eu parei de acreditar no sistema e passei a acreditar na Justiça." (Nicholas Marshall - **Justiça Final** - título original: **Dark Justice**).*

### **Constrangimento ilegal evidenciado.**

A reforma processual penal pontual de 2008 trouxe uma péssima inovação ao processo penal: a invertida do interrogatório colocando-o para o final da AIJ. Antes da reforma da Lei 11.719/08, o réu era citado e, posteriormente, interrogado, sendo apresentada no tríduo legal a defesa prévia.

Agora, com a reforma, o réu é citado e a Defesa tem o prazo de 10 dias para elaborar a defesa preliminar, arrolando, inclusive, as testemunhas de defesa.

Segue o rito anterior:

D, I, DP, PA, PD, DIL, ALFINAIS e Sentença.

Com o advento da Lei 11.719/08 o rito passou a ser modificado:

D – citação – RPA	<u>PA</u>
– JA: AIJ	<u>PD</u>

	<p><u>Esclarecimentos, eventuais, dos peritos</u></p> <p><u>Interrogatório</u></p> <p><u>Alegações finais orais</u> (se não houver diligências ou forem indeferidas as requeridas. Se houver <u>diligências</u>, as partes oferecem <u>memoriais</u> e, após, o juiz dá sentença).</p> <p><u>Sentença</u></p>
--	---

O Defensor Público, no procedimento antigo, tinha contato com réu quando do interrogatório, o que viabilizava a elaboração da defesa previa, sendo certo que com o novo rito processual, o Defensor só terá contato pessoal com o réu quando da realização da Audiência de Instrução e Julgamento, sendo esta o último ato processual antes da sentença. E mais: tendo o defensor público o dever legal de fundamentar seus atos, como fazê-lo sem a presença do acusado? Veja o que diz a Lei processual Penal e o Pacto de São José da Costa Rica.

Código de Processo Penal

*Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.*

*Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. [Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003](#)*

Pacto de São José da Costa Rica:

*Art. 8º - Garantias judiciais:*

*2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

*(...)*

*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; (sem grifos no original).*

Assim, estando o réu preso, o Defensor Público não terá condições de elaborar a importantíssima defesa preliminar sem que tenha qualquer contato prévio com o réu. Impossível, salvo se ferirmos de morte o direito sagrado e inalienável de defesa do acusado.

A alegação da autoridade coatora de que não há previsão legal para a requisição do preso beira o absurdo: como que a defesa vai se entrevistar previamente com seu defensor se o juízo não o requisitá-lo? É como se disséssemos: “o juiz deve requisitar o preso, mas o preso deve vir de ônibus porque não há previsão legal de que venha as custas do estado em uma viatura policial ou do DESIPE”. Absurdo incomensurável. É inerente ao exercício pleno da defesa a requisição do preso.

O magistrado, sensível à nova realidade, deve requisitar o preso, garantindo, assim, a entrevista ampla da defesa técnica com o seu acusado.

A afirmação de que a realização de entrevista com o réu preso constitui atribuição da Defensoria Pública é negação do exercício da jurisdição, pois é inerente a função jurisdicional a tarefa de determinar a vinda do preso ao fórum para a realização dos atos processuais e o direito de defesa é um deles. Do contrário, o preso não estaria à disposição do juiz e sim do defensor e do MP.



Em especial se considerarmos que 80% dos presos do sistema carcerário são defendidos pela defensoria pública e destes outros tantos 85% são de presos pobres e negros, todos miseráveis largados a própria sorte num sistema de exclusão social<sup>1</sup>.

Não tenho a menor dúvida de que se o MP solicitasse ao juiz a vinda do preso ao fórum para uma “delação premiada” o juízo de piso o requisitaria.

---

<sup>1</sup> Com 494.598 presos, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. O dado foi apresentado nesta quinta-feira (23/09) no Seminário Justiça em Números pelo coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Luciano Losekann. O juiz criticou a forma como a Justiça Criminal é tratada dentro do Judiciário brasileiro, “como o primo pobre da jurisdição”. “É uma área negligenciada, sobretudo pela Justiça Estadual. Os tribunais precisam planejar de forma mais efetiva o funcionamento da Justiça Criminal”, afirmou. Clique [aqui](#) para ver a apresentação na íntegra.

Nos últimos cinco anos, o número de pessoas presas no Brasil aumentou 37%, o que representa 133.196 pessoas a mais nas penitenciárias. Losekann chamou atenção para o elevado número de presos provisórios existentes no país, 44% no total, segundo dados do Ministério da Justiça. Isso significa que 219.274 pessoas aguardam na prisão o julgamento de seus processos. “O uso excessivo da prisão provisória no Brasil como uma espécie de antecipação da pena é uma realidade que nos preocupa. Os juízes precisam ser mais criteriosos no uso da prisão provisória”, afirmou o coordenador do DMF.

A superlotação nas unidades prisionais foi outro ponto destacado pelo juiz. A taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 1,65 preso por vaga, o que deixa o país atrás apenas da Bolívia, cuja taxa é de 1,66. “A situação nos presídios levou o Brasil a ser denunciado em organismos internacionais. Falta uma política penitenciária séria”, enfatizou Losekann. São Paulo é o estado com maior quantidade de encarcerados, seguido de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro.

Diante da insuficiência de vagas nas unidades prisionais, 57.195 pessoas estão cumprindo pena em delegacias, que não contam com infraestrutura adequada. Uma das ações prioritárias estabelecidas este ano para o Judiciário pelos 91 presidentes de tribunais é a de reduzir a zero o número de presos em delegacias. Ao traçar o perfil dos detentos brasileiros, Losekann destacou o tráfico de drogas responde por 22% dos crimes cometidos pelos presidiários. Entre as mulheres esse índice sobre para 60%. (<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/9874-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo> - acessado em 13/04/2014).

A justiça criminal acaba consagrando um *apartheid* racial nos presídios, sem se preocupar com o direito de defesa dessas pessoas e tudo em nome de uma política de economia, celeridade processual e de segurança pública como se dentro dos autos do processo criminal não houvesse GENTE, ser humano.

O juiz se transforma em secretário de segurança. Ele passa a ser o responsável pela segurança pública mantendo os indivíduos encarcerados numa postura típica de um juiz Hércules<sup>2</sup>, isto é, “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”.

A necessidade de dar segurança à sociedade sai das mãos do poder executivo (secretário de segurança) e passa às mãos do juiz que se transforma no juiz/Batman: o defensor da sociedade. O homem que amedronta os bandidos com sua capa preta, depois de assistir ao assassinato dos seus pais, quando criança, lutando contra o crime. É este o papel que os magistrados criminais estão exercendo e não se dão conta: juiz/Batman.

Segurança pública não é função do juiz. Não é papel a ser desempenhado pelo magistrado enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais no processo criminal. A proteção social

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, XV, p. 513, 1999.

exercida pelos juízes já levou muita gente à tortura e à fogueira e disso não podemos esquecer<sup>3</sup>.

O juiz se transforma em um homem dotado de uma bondade excessiva querendo o bem da sociedade, através do encarceramento dos condenados e/ou dos presos provisórios. Em verdade, trata-se de puro narcisismo: o juiz passa a lutar contra seus próprios fantasmas e seus medos internos e quer combater o crime, através da sonegação de direitos aos “criminosos”. E aqui Augusto Thompson deveria ser lido: “Quem são os Criminosos?”

Ouso resistir a essa pretensão de supressão de direitos e garantias fundamentais em nome de uma pseudo segurança social e resisto para não perder de vista o homem, tomado em sua integridade, inteireza (e não como *homo oeconomicus*): início, meio e fim de tudo<sup>4</sup>. Resisto para manter a integridade de um sistema de direitos e garantias fundamentais e para não cair na vala do senso comum teórico.

---

<sup>3</sup> A morte na fogueira era a preferida de punição. Os romanos castigavam desde outrora com a morte nas chamas o sacrilégio e a bruxaria. A população começou a se divertir com a queima dos hereges. Suas terras (ou dos simpatizantes) eram confiscadas, as casas destruídas e transformadas em depósito de lixo. Seus filhos perdiam direito a herança Eram açoitados e humilhados, às vezes carregando cruzes costuradas sobre a roupa. Aquele que não colaborasse com os inquisidores, por compaixão ou por qualquer outro motivo, passava a ser suspeito de heresia. A partir de 1229 os livros que não fossem escritos em latim estavam proibidos (BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: um Estudo sobre o Preconceito. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85).

<sup>4</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Pacto de São José da Costa Rica e Processo Penal. IN: Temas de Direito Penal & Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 18, 2010.

A bondade dos juízes nos leva a pergunta feita por Agostinho Ramalho Neto: “quem nos salva da bondade dos bons?” Quem irá nos salvar do juiz bom, que quer salvar a sociedade, negando ao réu o direito sagrado e inalienável de defesa? Não podemos esquecer apenas como exemplo, que os nazistas se diziam homens bons que salvariam a Alemanha de uma classe perigosa que eram os judeus e deu no que deu: mataram milhares de judeus. Os bispos, da Igreja Católica, durante a inquisição religiosa, falando em nome de Deus, queimaram casas, vilas e pessoas nas fogueiras, tudo sempre em nome de uma bondade excessiva, e aqui, no caso, Divina<sup>5</sup>.

Por isso Vera Regina Pereira de Andrade<sup>6</sup> assevera com maestria:

*A clientela do sistema penal é constituída de pobres (minoría criminal) não porque tenha uma maior tendência a delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de*

---

<sup>5</sup> A leitura da obra de Pietro Verri é de fundamental importância para a compreensão da problemática atual: “Observações sobre a Tortura”.

Pietro Verri foi um iluminista do século XVIII. Escreveu a obra entre os anos de 1770 e 1777. A obra trata da reconstrução de um processo criminal de Milão de 1630 em que os réus foram acusados de “UNTAR”, ou seja, passar um óleo venenoso nas paredes das casas de Milão envenenando as pessoas. Morreram 800 pessoas, por dia.

A obra de Verri denuncia e condena a utilização, pelo governo, de métodos de investigação brutais, injustos e desprovidos de qualquer racionalidade (p. XVII).

O oferecimento de prêmio para quem denunciasse os culpados é também uma característica do mau governo, sendo uma forma de exploração demagógica da ignorância, da superstição e da falta de ética, além de servir para que o governo transfira para o povo uma responsabilidade que é sua, sendo, ainda, um estímulo à prática da delação (p. XVII).

A peste disseminada fez com que o povo se unisse para exterminar aqueles que estivessem contaminados, ou que facilitassem sua disseminação. Logo, a tortura foi largamente utilizada. Tudo em nome da proteção social.

<sup>6</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da Violência na Era da Globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 54.

*serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.*

*A criminalidade (a etiqueta de criminoso) é um “bem negativo” que a sociedade (controle social) reparte com o mesmo critério de distribuição de outros bens positivos (o status social e o papel das pessoas: fama, patrimônio, privilégios etc.), mas em relação inversa e em prejuízo das classes sociais menos favorecidas.*

Nós criamos o anteparo linguístico necessário para justificar nossos medos e conseqüentemente as decisões judiciais. O Direito não pode se confundir com a vontade do legislador. Ele é muito mais do que isso. Deve ser, em pleno século XXI, com atraso, instrumento de emancipação do homem e não de sua plena e total alienação.

Por isso, é necessário emancipar o juiz e dar-lhe a independência verdadeira para julgar, criando o direito em nome da defesa da sociedade, excluída, que desamparada pelo legislativo estabelece leis (ou não as estabelece) em desacordo com os preceitos constitucionais vigentes. Ou se leis existem, o executivo não as cumpre dentro dos postulados constitucionais de inserção social.

DIEGO DUQUELSKY GOMEZ<sup>7</sup> deixa claro:

*As transformações do papel do Estado obrigam, irremediavelmente, à adoção de um novo papel também do direito. Este é entendido, então, como instrumento a serviço de metas concretas: orientar as condutas humanas para a promoção do desenvolvimento econômico e social.*

Não é por outra razão que pela teoria dos corpos sucessivos

*o indivíduo é o conjunto de relações que o constitui. Se o outro me constitui, tenho que o escutar e só posso fazê-lo realmente se ele se sentir escutado. Os conflitos passam a ter uma dimensão humana essencial que exige que as partes voltem a ser vistas como pessoas e não como elementos componentes de uma lide<sup>8</sup>.*

Aqui reside o problema: Olhamos o processo e vemos a lide e não o ser humano. Aprendemos no banco universitário (que a cada dia está pior com profissionais desqualificados e descomprometidos com o ser humano dando aula) que no processo está o “conflito de interesses qualificado pela pretensão versus resistência” (os professores insistem nesse jargão Carneluttiano) e não que nele está

---

<sup>7</sup> GOMEZ, Diego J. Duquelsky (tradução: Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho). **Entre a Lei e o Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 19.

<sup>8</sup> PANTOJA, Luisa de Marillac Xavier dos Passos. Fragmentos amorosos de um discurso jurídico ou fragmentos jurídicos de um discurso amoroso. In: WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II, p. 13

o SER HUMANO e, por via de consequência, devemos ouvi-lo. Não queremos que o preso se entreviste com seu defensor, mas claro que este preso é um sujeito certo e determinado: o pobre e, em regra, negro<sup>9</sup>.

Esta realidade não pode ser ignorada por um magistrado, pelo menos por um magistrado com pré-ocupação com o ser humano. O magistrado tem que se ocupar, previamente (pré- ocupação), do que há de mais importante dentro do processo: o ser humano. Não é a lide. Não é a resistência à pretensão. Estudam a natureza jurídica do processo (contrato, quase contrato, procedimento em contraditório etc.), mas não sabem quem está ali dentro dele. Estudam a teoria da ação (a polêmica entre Windscheid X Müther, no séc. XIX), mas não compreendem que esta ação visa a deflagrar a jurisdição e instaurar o processo onde o que se quer é proteger o homem. Os juízes se tornam dogmáticos (eles acreditam em dogmas<sup>10</sup>) e não enxergam o que há de mais importante no processo: o ser humano.

Não é por outra razão que a imprensa tem noticiado inúmeros casos de pessoas presas injustamente ou por engano; e por que? Porque as prisões são realizadas (sejam em flagrante ou por determinação judicial) e nós, integrantes do Poder Judiciário, não nos

---

<sup>9</sup> Dos 550 mil presos no Brasil: 53% são negros, 41,5% não completaram o fundamental, 69% presos por tráfico de entorpecentes e crimes contra o patrimônio (<http://www.brasildefato.com.br/node/12147> - acessado em 15 de abril de 2014).

<sup>10</sup> Para impor as ideias cristãs, os Padres da Igreja as transformaram em verdades reveladas por Deus (por meio da Bíblia e dos Santos) que, por serem decretos divinos, seriam dogmas, isto é, verdades irrefutáveis e inquestionáveis (CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. 13 ed., São Paulo: Ática, 2003, p. 47

importamos com o outro porque são pobres, negros e miseráveis. Porque perdemos a sensibilidade humana. Nos preocupamos apenas com o número de processos em nossas mesas e prateleiras: quantos entraram e quantos saíram. Ficamos aliviados quando despachamos “uns cem números” de processos, mas não percebemos que dentro deles, embaixo do papel, tem gente, tem o ser humano. Não nos preocupamos mais com o outro. Existem 27 mil pessoas presas sem necessidade no sistema carcerário brasileiro, segundo censo do CNJ<sup>11</sup>.

Os juízes não se dão conta de que dentro do processo tem GENTE e disso não podemos nos esquecer. Processo não é um número. Processo não é mais um dado estatístico e sim o ambiente de resolução de conflitos sociais, sem descuidar, no âmbito criminal, do direito de defesa.

O problema que o magistrado enfrenta hodiernamente é o cumprimento das Metas (Meta 1, Meta 2 e assim vai), mas embora tenhamos que cumprir com a ordem estabelecida nas Metas por serem legítimas e necessárias não podemos olvidar que embaixo do papel tem gente, tem um ser humano que no caso dos réus da defensoria pública são todos pobres e desprovidos dos direitos mais

---

<sup>11</sup> [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres\\_dr\\_erivaldo.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf) - acessado em 18 de abril de 2014.



básicos de uma sociedade dividida em classes<sup>12</sup>.

A pressa em terminar com o processo e retirá-lo de nossas mesas e prateleiras nos robotiza, nos faz perdermos a sensibilidade humana e o que é pior o senso crítico construtivo. Somos máquinas de “processualização da vida alheia”. Queremos nos livrar daqueles papéis autuados e esquecemos que nos distanciamos do principal da função jurisdicional: a proteção do ser humano.

Por isso KANT<sup>13</sup> aqui tem muito a dizer:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Estou tratando da dignidade do ser humano e aqui não há equivalente. Não há o que colocar no lugar. A dignidade não é um bem fungível. Estou tratando do direito de se defender perante o estado juiz, não de uma defesa de faz de conta, mas de uma defesa efetiva, razoável, prévia e no mínimo ética onde o réu possa se

---

<sup>12</sup> Veja o Censo do Sistema Carcerário Nacional do CNJ - [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres\\_dr\\_erivaldo.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apres_dr_erivaldo.pdf)

<sup>13</sup> KANT, Immanuel (Tradução: Paulo Quintela). Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Portugal/Lisboa: Edições 70, 2008, p. 81).

entrevistar com seu defensor a fim de instrumentalizar sua defesa em AIJ e, quem sabe, evitar, desde logo, uma injustiça.

É a pergunta que a ética da alteridade (de alter = outro), ou seja, a ética para com o outro enquanto um ser igual a nós na sua diferença, nos faz: se fosse nosso filho gostaríamos que ele NÃO tivesse a oportunidade de se entrevistar com seu defensor antes da audiência? A resposta todos nós sabemos.

Não estou discutindo, em sede de *habeas corpus*, se o réu é culpado ou inocente, mas, unicamente, se ele tem o direito de se entrevistar, previamente, com seu defensor público e isto me parece óbvio.

Se a filosofia e a ética, por si sós, não forem suficientes vamos à doutrina.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, preleciona:

*“com a modificação positiva introduzida pela Lei 10.792/2003, passa a ser norma cogente que o magistrado assegure o direito de entrevista pessoal e reservada do réu com seu defensor antes mesmo do interrogatório. (...) O defensor*

*público e o dativo são os principais destinatários da norma, pois, em grande parte dos casos, somente conhecem o réu nesse momento. (...) Contudo, com a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) e com novo procedimento do interrogatório, em conformidade com a Lei 11.900/2009, impõe-se a atualização do entendimento acerca do momento e da necessidade de o acusado entrevistar-se pessoalmente com seu defensor.”*

EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA<sup>14</sup> :

*“Defesa preliminar escrita cumpre importantes funções, a saber: a fixação de prazo para o oferecimento do rolde testemunhas e de prova pericial para o réu, além da apresentação das exceções (art. 95, CPP). E é aqui que surge um primeiro problema trazido com o novo rito procedimental da audiência una, a ser examinado logo adiante. É que, como, agora, o interrogatório do réu é o último a toda instrução, como se fará a defesa escrita do réu preso? A não*

---

<sup>14</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 16 ed., São Paulo: ATLAS, p. 679, 2012.

*ser que a Defensoria Pública instale um escritório de plantão em presídios e delegacias, a defesa escrita, nessas situações, se limitará a discutir questões de direito e não questões de fato. Até mesmo a elaboração do rol de testemunhas estará comprometida, na medida em que a ausência de contato entre o defensor e o acusado impedirá uma contribuição mais efetiva.”*

Na doutrina alienígena a explicação do jurista JOAN PICÓ I JUNOY<sup>15</sup> também é clara quando se refere ao direito do acusado se entrevistar com seu defensor, *in verbis*:

O direito a assistência letrada persegue um duplo fim:

- a) Garantir que as partes possam atuar no processo da forma mais conveniente para seus direitos e interesses jurídicos e defender-se devidamente contra a parte contrária;
- b) Assegurar a efetiva realização dos princípios de igualdade das partes e do contraditório, que impõe aos órgãos judiciais o dever positivo de evitar desequilíbrios entre as respectivas posições das partes ou limitações na defesa que possam conduzir algumas delas a um resultado de indefesa.

---

<sup>15</sup> JUNOY, Joan Picó i. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Barcelona: J.M. Bosch Editor, P. 106, 1997.

É cediço o quão excessiva é a carga de trabalho imposta aos defensores públicos deste País<sup>16</sup>, mormente na área criminal, onde, infelizmente, é rigorosa a criminalização secundária de uma classe social pouco favorecida.

É claro que todos, em sua maioria, não querem que o réu tenha direitos, mas aí existe uma diferença entre a vontade de todos e a vontade geral explicitada por ROSENFELD<sup>17</sup>, *in verbis*:

*Na concepção de Rousseau, a vontade geral não é nem a vontade do indivíduo, nem a da maioria. Ao contrário, tal como Rousseau a vê, a vontade geral é a soma das diferenças entre as vontades individuais, ou o “acordo de todos os interesses” que “é produzido pela oposição recíproca de cada um com os demais”. Nesse sentido o que há no referendo popular é a vontade de todos, ou seja, a soma dos interesses particulares ou privados.*

Isto é, os atos de império do Estado devem estar subsumidos à

---

<sup>16</sup> Há estados da federação que o número de defensores é risível e outros que ainda estão organizando sua defensoria pública.

<sup>17</sup> ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.

diferença entre os interesses privados a fim de que tenham o que se pode chamar de legitimidade. Não é crível e, portanto, é ilegítimo, o ato estatal que não leva em consideração os excluídos sociais que chamamos de “vítima do sistema<sup>18</sup>”, ou seja, o processo de globalização econômica, que se alastra pelo mundo afora, marginalizando dois terços da população mundial<sup>19</sup>.

Para tanto, o sistema penal exerce sua parcela de contribuição desse processo de exclusão social. O mercado exclui e o sistema penal ratifica a exclusão “impondo controle aos criminosos perigosos e beneficiários indesejáveis” garantindo que os “indivíduos perigosos” não vão sair de onde estão<sup>20</sup>.

A sociedade, uma vez dividida em classes, passa a ter o Direito Penal como protetor das relações sociais que nela existem, mas, preferencialmente, protegendo a classe dominante. Se a burguesia assumia o poder, em 1930, era necessário ter instrumentos que

---

<sup>18</sup> Nesta Ética, o Outro não será denominado metafórica e economicamente sob o nome de pobre. Agora, inspirando-nos em W. Benjamim, o denominarei “a vítima” – noção mais ampla e exata.” (DUSSEL, Enrique. Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão social. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves e outros. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p.17).

<sup>19</sup> Aqueles que estão excluídos do contrato social não podem exprimir politicamente a sua contestação ao sistema. Então como é que a exprimem? Pelo aumento da criminalidade. O aumento da criminalidade é, hoje, em muitos países, uma forma não política de responder a um conflito político de exclusão social. E de novo podemos dar muitos exemplos, quer da América Latina quer da África, que mostra como tudo isto está a emergir. Por exemplo, porque a África do Sul se tornou, neste momento, o país do mundo com maior criminalidade? Pela razão simples que o pacto político não enquadrou todas as desigualdades e elas estão a exprimir-se de uma maneira não política, e essa maneira é a criminalidade comum (SANTOS, Boaventura de Sousa. Que Formação para os Magistrados nos Dias de Hoje? Revista do Ministério Público Português. Ano 21, Abril/junho, 2000, nº 82, p. 14).

<sup>20</sup> GARLAND, David. A Cultura do Controle: Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2008, p. 417.

personificassem seus interesses patrimoniais. É a missão secreta do Direito Penal. E por que secreta? Porque tenta esconder a óbvia proteção ao patrimônio e não, por exemplo, a vida. Basta, com um pouco de senso crítico, olhar os tipos penais e confrontá-los.

Por isso, analisando a Globalização à luz da realidade mundial e hodierna BAUMAN<sup>21</sup> afirma:

*A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e especular com eficiência cada vez maior. Infelizmente, a tecnologia não causa impacto nas vidas dos pobres do mundo. De fato, a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para muito poucos, mas deixa de fora ou marginaliza dois terços da população mundial.*

Em síntese apertada os presos que têm condições financeiras de custear advogados (os poucos que existem) têm seus direitos preservados porque seus advogados vão ao presídio (quando eles

---

<sup>21</sup> BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p.79.

estão presos), mas a grande maioria fica cerceada em sua defesa e nós não nos importamos com isso.

Há que se esclarecer que o Defensor que atua guarnecendo os interesses do indivíduo enquanto encarcerado no sistema prisional não é o mesmo que atua no processo de conhecimento. Imagine o “malabarismo” que seria se, a cada flagrante delito, o Defensor Público, que atua junto à Vara Criminal, tivesse que abandonar os seus afazeres (elaboração de peça processual, realização de uma infinidade de audiências, entrevistas com familiares dos presos, dentre outros), para se deslocar até a Casa de Custódia, a fim de entrevistar o preso? É impossível, além de ser uma violação aos direitos de defesa.

O argumento de que as normas processuais penais não preveem a requisição do preso também não se mostra, *data venia*, acertada. Basta ter um pouco de boa vontade e ler o Código de Processo Penal e o Pacto de São José da Costa Rica, já citados acima. O outro argumento de que é “problema dos defensores falar com os presos” por não ser jurídico não vou me ocupar dele.

Ao acusado devem ser garantidos os meios necessários à preparação de sua defesa, conforme art. 8º, 2, c, do Pacto São José da Costa Rica e a requisição do preso, para entrevistar-se com a Defensoria Pública, nada mais é do que um meio necessário de



garantir tal direito. É o mínimo para que se possa viver numa democracia e este custo ainda é barato diante de um sistema de supressão de garantias que já vivemos e que fez 50 anos, recentemente. Quem quiser viver de novo uma “guerra suja”<sup>22</sup> terá que rasgar a Constituição Cidadã e partir para o golpe.

O Poder Judiciário não pode fechar os olhos à esta realidade. A não requisição do preso para entrevista prévia com o Defensor Público significa admitir a existência de um processo criminal sem direito à defesa, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

A autoridade apontada como coatora indeferiu o pedido de requisição do pleito, sob o sob o argumento de que existe vedação expressa no art. 1º da Resolução nº 45/2013 deste Tribunal de Justiça, ou seja, desconsiderou a Constituição da República; desconsiderou o Pacto de São José da Costa Rica e, por último, desconsiderou o CPP, dando supremacia a Resolução. Lamentável. Até Hans Kelsen, positivista clássico, condenaria tal postura, se lido fosse, é claro.

Ao conceder a liminar, longe de violar a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição da República de 1988, este Relator deu primazia aos direitos fundamentais insertos na Carta

---

<sup>22</sup> GUERRA, Cláudio. Memórias de uma Guerra Suja. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

Maior e na Convenção Americana de Direitos do Homem, além da regra clara do Código de Processo Penal. É o mínimo que se pode dar diante de um processo penal de exclusão social.

O E. Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e *Habeas Corpus* 87.585 e 92.566, reconheceu que o Pacto de San José da Costa Rica tem natureza jurídica de normal supralegal, estando em nível inferior à Constituição, mas em patamar mais elevado que a legislação infraconstitucional, tendo o condão, portanto, de paralisar a eficácia de todas as normas infraconstitucionais conflitantes.

A propósito, convém colacionar trecho da emenda do julgamento do Recurso Extraordinário 349.703 da lavra do eminente Ministro Gilmar Mendes:

*“(...) Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no*

*ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)*”

Desta feita, este Relator nada mais fez, primando pelos direitos elementares do réu preso, o que os internacionalistas chamam de **controle de convencionalidade**<sup>23</sup>.

Com efeito, ao contrário do que ocorre com o controle de constitucionalidade difuso, no caso dos autos os Tribunais não estarão limitados pela chamada “cláusula de reserva de plenário”, prevista no artigo 97 da Constituição, tornando inaplicável, diante da eficácia paralisante, a legislação infraconstitucional que com o Pacto de San José da Costa Rica seja conflitante.

Destarte, enquanto a Defensoria Pública não estiver suficientemente aparelhada para *spont* sua entrevistar previamente o réu preso antes da elaboração da defesa preliminar, o **Poder Judiciário tem o dever de requisitar o preso, garantindo, pois, os**

---

<sup>23</sup> Além de compatíveis com a Constituição, as normas internas devem estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país.

meios necessários à preparação de sua defesa, salvo impossibilidade a ser justificada concretamente.

Eventuais discussões sobre o gasto e segurança do transporte dos presos ficam por conta do Poder Executivo e não do Judiciário. Até porque, como já disse, é um custo módico considerando que vivemos numa democracia.

Por tais razões, direciono meu voto no sentido de negar provimento ao Agravo, ratificando a decisão monocrática.

Rio de Janeiro, 15 de Abril de 2014.

Paulo Rangel

Desembargador Relator