

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO: um ensaio acerca do legítimo acesso à justiça na esfera criminal no brasil

Adenilson Moreira¹

Camila Ferraz²

Scarlett Santos³

Andressa Rangel⁴

Pedro Salgado⁵

Loren Dutra Franco⁶

RESUMO

O vertente trabalho se inclina à tarefa de discorrer acerca do princípio do Devido Processo Legal – o *Due Process of Law*, demarcando seus contornos evolutivos. Noutras palavras, busca-se, com a presente obra, ofertar ao mundo jurídico um estudo minucioso a respeito do instituto, fomentando sua pesquisa. A este objetivo, de ordem genérica, soma-se o intento de focalizarmos nosso estudo, como se faz ver, na esfera criminal (no Direito Penal), máxime no que pertine aos seus reflexos sobre os socialmente menos favorecidos. Com efeito, a metodologia de trabalho aqui adotada orienta-se pela pesquisa de viés indutivo, vale dizer, da análise de casos específicos, isolados, através dos quais buscaremos a exposição de informações generalizadas. Para tanto, a

¹ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

² Graduanda do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

³ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

⁴ Graduanda do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

⁵ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior

⁶ Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília

presente pesquisa (indutiva e, excepcionalmente, dedutivamente) pauta-se no exame bibliográfico – na investigação a manuais e a meios cibernéticos, tais quais domínios jurídicos *on-line*. Por derradeiro, as conclusões a que se chega no opúsculo dão conta de que faz-se necessária uma reavaliação das instituições jurídicas e sociais no país, a fim de que conteúdos normativos verdadeiramente sejam por todos observados (começando-se pelo Estado) e contem, portanto, efeitos na órbita social, rechaçando-se formas seletivas de aplicação da lei, mormente em sede processual penal, uma vez que todos são iguais. Imaginar-se o contrário redundaria em admitir-se sejam as leis brasileiras (normas e princípios), no que concerne aos menos favorecidos, meras folhas de papel, sem qualquer efetividade prática.

PALAVRAS-CHAVE: DEVIDO PROCESSO LEGAL. JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA. DEFASAGEM SOCIAL. ACESSO À JUSTIÇA.

INTRODUÇÃO

Definível como o instrumento de ordem principiológica segundo o qual o Estado – e, por conseguinte, suas autoridades – se sujeita aos preceitos estabelecidos em lei a fim de que tenha legitimados seus atos, em especial os de natureza processual (que são os que aqui nos interessam), o Devido Processo Legal surge como corolário dos contemporâneos Estados Constitucionais de Direito e reafirma a hegemonia dos diplomas constitucionais nas estruturas organizacionais dos Estados Soberanos.

Para além de suas características notavelmente políticas, referido instituto, enquanto estatuto processual genérico e prototípico, serve de norte a

uma vasta gama de princípios e direitos fundamentais que do mesmo escoam, entre os quais, cumpre-se destacar, a garantia à ampla defesa e ao contraditório, a razoabilidade da duração processual, a exigência de fundamentação e motivação nas decisões judiciais e a vedação dos tribunais de exceção, para citar alguns.

Em virtude da importância temática, e de algumas de suas deficiências práticas, procederemos adiante a um estudo mais pormenorizado de muitas variáveis que o circundam, começando por sua instituição e desenvolvimento, até que cheguemos a algumas de suas falências e desafios, objetivando, por razões cômodas, o oferecimento de singelas sugestões hipotéticas para o contorno das mesmas.

A fim de que se alcance o supramencionado objetivo, partiremos, dedutiva e indutivamente, da análise de dados estatísticos judiciários, manuais, periódicos e, inelutavelmente, da pesquisa cibernética, avistando proporcionar ao leitor uma valiosa e atual ferramenta de informação que se presta, esperamos, ao cuidado de desvelar questões jurídico-processuais de cunho relevante para um melhor entendimento pertinente à organização política, social e legal do País.

Assim sendo, o presente artigo constitui-se de três partes. Na primeira delas, conforme dito, conduziremos o leitor por uma breve passagem pela evolução histórica do *Devido Processo Legal*, demonstrando suas origens e sua caminhada, até sua ascensão ao reconhecimento e afirmação enquanto instrumento processual a serviço da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Na segunda, inobstante, enfocaremos a análise do instituto na esfera criminal no âmago brasileiro, por ser este o objeto de nosso maior interesse no presente ensaio, qual seja, uma análise regionalizada e endêmica do problema.

Por fim, estabeleceremos o ponto de confluência entre o aludido instituto e as nuances sociais de nosso País que afetam, decisivamente, sua aplicação prática, máxime na seara penal.

1 O SURGIMENTO DO “DUE PROCESS OF LAW” NO ÂMBITO JURÍDICO E SUA TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA

Insculpido no inciso LIV, art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e já compreendido implicitamente em diplomas constitucionais anteriores, o Devido Processo Legal goza agora, e de forma explícita, de status constitucional, o que corrobora sua superioridade hierárquica quando confrontado a outros preceitos infraconstitucionais, apresentando-se no seguinte teor:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;(Grifo nosso)

Em que pese ser imatura a história do instituto no Brasil, como demonstrado, suas origens remontam ao século XI d.C., mais precisamente em torno de 1066, quando, na velha Inglaterra, na batalha de Hastings, o rei Haroldo II foi derrocado por Guilherme o Conquistador, que mais tarde viria a ser coroado rei Inglês, passando a acolher o título nobiliárquico de Guilherme I, tal como ensina João Gualberto Ramos (RAMOS, 2006, p. 102-103).

Por razões patentes que dizem com a circunstância de Guilherme I ser um invasor que usurpara o trono inglês, fez-se necessário ao conquistador

instaurar um governo que atendesse aos clamores da população, buscandoativá-la para que sua governança contasse com a aquiescência dos governados. Para tanto, Guilherme I, estrategicamente, adotou em juramento as leis de Eduardo, um antigo monarca saxão por quem os ingleses nutriam profunda admiração (e não as leis de Haroldo II, que, como aqui exposto, fora desempossado do trono). Com efeito, Guilherme I acreditou-se na qualidade de governante, cuja regência, embora obtida de forma atípica mediante conquista, dera continuidade ao querido ecelebrado reinado de Eduardo “o Confessor”, angariando o aval do povo inglês (RAMOS, 2006, p. 102).

Ainda na esteira dos ensinamentos do professor João Gualberto Ramos, aperceba-se que com o empreendimento de Guilherme I, voltado ao fito de confirmá-lo como legítimo soberano saxão, surgiam resultados imprevistos que delineariam o tom do Direito Processual nos séculos subsequentes. Entre tais efeitos, vislumbra-se a construção de um conceito segundo o qual é dever do governante dar continuidade às leis de seu território elaboradas por seus antecessores, mesmo após seu desaparecimento ou morte. A estas leis, decorrentes do dever de fidelidade dos novos líderes ao que antes deles se firmou, entendeu-se por bem chamar Leis da Terra (*Legem Terrae*), em nítida alusão ao imperativo de que devem os governantes se subordinar às legislações existentes em seu solo, ainda que editadas noutros governos (RAMOS, 2006, p. 103).

A par dessas exposições, João Gualberto Ramos (2006, p. 103) arremata:

É por isso que, em 1215, os barões ingleses exigem do rei João I o respeito às leis da terra. Fazem com que ele se comprometa que ‘nenhum homem livre será molestado, ou aprisionado, ou despojado, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo aniquilado, nem nós iremos contra ele, nem permitiremos que alguém o faça, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra’.

Anote-se que, num primeiro momento, a expressão a que hoje nos referimos como Devido Processo Legal conhecia-se pela terminologia Leis da Terra, só vindo a cunhar a atual nomenclatura em 1354, também em solo inglês, desta vez por intermédio de Eduardo III, ao cancelar a famigerada Carta Magna das Liberdades (QUARESMA, 2010).

Segue-se o trecho do aludido diploma em que consta o termo tal como coetaneamente nos é familiar:

[...] Que nenhum homem de qualquer estado ou condição que ele seja, possa ser posto fora da terra ou da posse, ou molestado, ou aprisionado, ou deserdado, ou condenado à morte, sem ser antes levado a responder a um **devido processo legal**. (*apud* RAMOS). (Grifo nosso)

Atente-se ao fato de que o instituto, como narrado, é fruto de diversos momentos históricos, cada qual marcado por sua peculiaridade. Contudo, não configura aqui necessidade inafastável o escrutínio de todos, dado que não planejamos esgotar o assunto, o qual é digno de detalhado estudo monográfico.

Insta-se, todavia, anotarmos sua origem em solo americano, eis que ali ganhou, pela primeira vez, espaço numa Constituição escrita, confirmando seu celebrado prestígio.

Na segunda metade do século XVIII, já após a independência das colônias na América do Norte, tal como assevera Turbay, viam-se as colônias americanas ainda sob forte influência da coroa inglesa, especialmente no setor mercante. Assim, diante das circunstâncias “dominiais”, reuniram-se as agora independentes colônias, por volta de 1787, na Filadélfia, com o intuito de se unificarem como um só Estado Federado, a fim de fortalecer seu poder frente à ingerência britânica – o que se tornaria possível, ao entender das ex-colônias, mediante a promulgação de um

diploma constitucional que se prestasse a tal papel unificador (TURBAY, 2007).

Desde que contasse com a anuência de ao menos 9 (nove) ex-colônias, estaria ratificado o novo texto constitucional, o que ocorreria em junho de 1788, logo após a homologação do último Estado, New Hampshire. (TURBAY, 2007).

Apesar de sua não-neutralidade a críticas, percebe-se que o novo texto fundamental que constituía os Estados Unidos da América consubstanciava inegável avanço democrático para aquele País, trazendo em seu bojo determinações que se inclinavam à conservação ou estabelecimento de garantias individuais aos cidadãos, ao passo que também primava pela proteção econômico-social do Estado novel frente a outros Estados soberanos possivelmente reputados mais fortes, a exemplo da Inglaterra.

Assim, em seu artigo 5º, reza o texto constitucional americano, *in verbis*:

Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes, pelo mesmo crime, e ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (TURBAY, 2007).

Importante registrar que mesmo após a promulgação do colacionado artigo 5º, restava-se a indagação se tal norma principiológica ali agasalhada aplicar-se-ia a todos os estados-membros, dotados de autonomia e regidos

por suas próprias constituições, ou se se encontraria adstrita ao âmbito federal, não sendo de obrigatória observação pelos entes da federação em suas relações endógenas, o que foi aclarado pela décima quarta emenda, de 1878, conhecida como cláusula do devido processo legal. É que, como preleciona Gualberto Ramos (2006, p. 269), à luz de referida cláusula, os estados-membros achar-se-iam vinculados a aplicarem os dispositivos constantes do texto constitucional no que pertine às garantias consagradas naquele documento, nos seguintes termos:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis.

Não obstante o grande fluxo de interpretações e conotações conferidas ao princípio em comento, ao longo de sua evolução, em cada uma das localidades em que primeiro se fez presente, é importante levarmos em conta a circunstância de serem intrinsecamente comunicáveis as distintas acepções a ele atribuídas, sendo certo que cada uma delas, tomadas em si, remetem-nos à ideia indissolúvel de que trata-se o mesmo de um mecanismo (ou garantia) próprio dos Estados de Direito, destinado a assegurar o fiel cumprimento das leis pelos agentes do Estado. Noutros termos, destina-se ele, visceralmente, a coibir abusos de autoridade ou inobservância arbitrária de regras positivadas na ordem jurídica interna das nações.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL PÓS-1988 E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA NA ESFERA CRIMINAL

Tema há muito objeto de deliberação no âmbito jurídico, a dicotomia firmada entre Eficácia Jurídica vs. Eficácia Social das Normas ganha especial relevo quando da análise do devido processo legal no Brasil, máxime no âmbito penal, onde a homologação da sociedade de atos que sejam severos aos criminosos, ainda que ilegais, afigura fenômeno cultural.

Em atenção a este hediondo quadro culturológico, Ana Paula Barcellos (2011) pondera a respeito da existência, na mentalidade de grande parcela da sociedade brasileira, de um conceito *não ontológico* de dignidade da pessoa humana, de modo que a depender do que perpetrado pelo criminoso, deixaria ele de ser titular daqueles direitos fundamentais que são iminentes à qualidade própria de ser humano. Seria afirmarmos, p. exemplo, que a dignidade da *pessoa humana* não se estende ao corpo carcerário, e que os detentos, em razão dos atos odiosos que cometeram, não mais são passíveis de seu alcance, *i.e.*, a dignidade deixa de ser característica inerente à pessoa humana e passa a ser elemento condicional apto a amparar tão somente aqueles cuja conduta não fora social ou legalmente reprovada.

A título de reforço e verificação de acerto de tudo quanto se disse, assinala, refletidamente, Rogério Greco (2011, p. 103):

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Ainda quanto ao sistema penitenciário no País, segundo dados divulgados pelo CNJ¹, baseados em estudo dirigido pelo Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS) do *Kings College* de Londres, o Brasil viu saltar astronômicamente seu número de presos provisórios nos últimos 10 anos, alcançando-o à 3ª posição no *ranking* mundial dentre países com mais detentos no mundo (atrás unicamente de Estados Unidos e China). A isso acrescenta-se também o déficit de vagas (37% de prisões a mais do que o suportado pelo atual sistema) nas penitenciárias, o que lamentavelmente leva à superlotação e acarreta incontáveis aspectos negativos que a ela se associam, como insalubridade nas celas e aglomeração, para ficarmos com alguns.

Em 2007 o periódico estadunidense *New York Times* exibiu reportagem em que relatava caso de garota – que à época contava 15 anos, presa sob a suspeita de furto, sem nunca haver sido ouvida judicialmente – que fora encarcerada numa cela em condições precárias junto a 34 detentos, todos do sexo masculino, no município brasileiro de Abaetetuba, no Pará. O resultado constatado foi a configuração de múltiplos estupros experienciados pela jovem enquanto sob custódia, nos 26 dias em que permanecera reclusa, além de relatos de tortura (BARRIONUEVO, 2007).

O caso em apreço parece expor a fragilidade da aplicação prática do devido processo legal no País, especialmente em casos como o da jovem paraense, de baixa renda e que praticara, conforme posteriormente comprovado, o tipo penal de furto amparada por causa excludente de ilicitude, qual seja o estado de necessidade, o que torna ainda mais plangente a situação, tendo em vista que a conduta pela jovem perpetuada não é sequer considerada tecnicamente crime – não preenche ela os três requisitos exigidos para que o conceito se aperfeiçoe (ilicitude, tipicidade e culpabilidade, no critério tripartido por nós adotado). (BECCARIA, 1999).

Nada obstante o caso tenha provocado comoção na comunidade internacional – levando a organização de direitos humanos *Human Rights Watch*, inclusive, a solicitar das autoridades no Brasil uma radical mudança na estrutura sobre a qual edifica seu sistema prisional, com a edição de um diploma legislativo que exigisse a condução até um magistrado de qualquer infrator preso em flagrante, a fim de que se legitimassem as prisões cautelares –, pouco parece ter sido implementado pelo governo em relação ao tema (WALSER, 2015).

Adota-se, regra geral, o princípio da presunção de inocência do acusado, dado que o hodierno processo penal brasileiro é acusatório, e não mais inquisitório, como o fora na vigência de diplomas constitucionais anteriores (posto que o atual código de processo penal é arcaico – de 1941, para ser exato - e, embora tenha sido alvo de uma miríade de alterações a fim de que se adaptasse aos documentos constitucionais que o sucederam, nasceu sob forte influência das antigas codificações italianas, onde prevalecia o fascismo, e o processo, por evidente, era notoriamente inquisitório). (OLIVEIRA, 2004).

Assim sendo, e em detida atenção aos simbióticos princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, como salienta Gilmar Mendes (2014, p. 575), exige-se que todo acusado em sede processual seja ouvido em tempo hábil; goze de defesa técnica capaz de, ao menos, arrostar a base acusatória; e, obviamente, desfrute, no deslinde investigatório, de sua integridade físico-psicológica, afastando-se, deste modo, a incidência e acatamento de qualquer tipo de tortura ou coação por parte dos agentes estatais.

Considerando-se que é cada vez mais crescente o montante de presos provisórios no país, a sinalizar um grande número de apreensões em flagrante, cumpre salientar que as prisões cautelares (prisão preventiva e prisão

temporária) não mais contam em seu âmbito classificatório com a mencionada modalidade de flagrância, passando a ser a mesma mera medida pré-cautelares, conforme depreendido da cara lição de Gilmar Mendes (2014, p. 576):

Com o advento da Lei n. 12.403 / 2011, a prisão em flagrante passou a ostentar, claramente, a natureza de medida pré-cautelares, não mais subsistindo como hipótese autônoma de prisão cautelares. Assim que comunicada ao juiz, deverá ser convertida em prisão preventiva, mediante decisão fundamentada em que demonstrada concretamente a necessidade do encarceramento, bem assim o não cabimento das medidas cautelares alternativas indicadas no art. 319 do CPP. Não havendo essa conversão, a prisão em flagrante não mais se sustenta por si só.

Na mesma toada, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 493) articula eruditamente a respeito dos critérios de proporcionalidade e necessidade exigidos quando da configuração e manutenção de prisões cautelares:

[...] A prisão cautelares é utilizada, e somente aí se legitima, como *instrumento* de garantia de eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente *punitiva*. A *proporcionalidade* da prisão cautelares é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua *ratioessendi*.

Em sendo a proporcionalidade *conditiosine qua non* a que se fale em conformação do conceito de legitimidade em prisões cautelares, observa-se que os reiterados casos aferidos no país em que pessoas são detidas, por tempo indeterminado, sob a abstrata égide da preservação da incolumidade social, afiguram situação de patente violação ao postulado do devido processo legal, vez que ilegítimas as prisões.

A título ilustrativo do que se vem de afirmar, relembre-se recente episódio intercorrido no estado do Rio de Janeiro, em que um magistrado, o Juiz Flávio Itabaiana, decretara a prisão preventiva de 26 ativistas, dos quais 19 foram efetivamente apreendidos, em julho de 2014. O fato, esdrúxulo como

se apresentou, ensejou a que uma agremiação formada por Deputados Federais pleiteassem junto ao Conselho Nacional de Justiça punições ao referido magistrado, ao argumento de ter ele violado explicitamente o princípio constitucional do devido processo legal (ROVER, 2014).

No documento pelos parlamentares impetrado, segue-se trecho em que são sublinhados, com propriedade, os seguintes aspectos:

Sem precedentes no regime democrático, o magistrado reclamado utilizou dos poderes conferidos ao Judiciário para, através de decreto de prisão, coibir supostas tentativas de práticas ilícitas que não tiveram sequer o início de ato preparatório algum. Foram prisões cautelares destinadas a reprimir delitos imaginários forjados pelos aparatos da repressão governamental. [...] A leitura da decisão do magistrado reclamado revela uma arbitrariedade inaceitável. O ato agride o Estado Democrático e de Direito, além dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. As prisões constituem ato eminentemente político e criam perigoso precedente: a privação da liberdade individual passa a ser objeto de decisão fundada em previsões e no cálculo relativo ao interesse do poder executivo. (FEGHALI; ALENCAR; *et al. apud* ROVER 2014)

Tamanho fora o descuro do magistrado, ao proferir a supramencionada decisão, não amparada por qualquer razão que a sustentasse, que levou profissionais da área processual, assim como entusiastas sobre o assunto, a interpretarem-na como medida surreal e incabível nas circunstâncias em que aplicada, tendo em vista que obstruía de modo ilegal a liberdade de expressão, e também de locomoção dos ativistas, ferindo penetrantemente o processo tal como deveria ter se desenvolvido.

Lenio Streck (*apud* ROVER, 2014), renomado professor e jurista gaúcho, chegou inclusive, e em tom anedótico, respaldando o absurdo das prisões preventivas contra os ativistas proferidas, a asseverar:

Trata-se da versão jaboticaba do filme *Minority Report*, em que as pessoas eram presas antes do crime — o sistema detectava

o crime antes de ele ser cometido. Só que o filme, com Tom Cruise, era ficção, mas os presos de forma antecipada [no Brasil] são reais.

O problema, como se nota, transcende os crimes usuais relativos ao tráfico de drogas, à violência ou aos furtos, embora nestes encontre terreno fecundo. Desta sorte, o problema brasileiro de encontrar dificuldades mais acentuadas concernentes ao cumprimento fiel das leis ultrapassa a esfera dos indivíduos, em particular os mais pobres (que correspondem à quase totalidade de presos no país), e, como acima exposto, alcança o poder público, aparentemente habituado a se desvencilhar de preceitos, no âmago processual, ao quais deveria obtemperar.

Para além dos exemplos retro expostos, poderíamos ofertar outros mais, como o já sumulado entendimento do STF segundo o qual fica vedado o uso de algemas ou qualquer forma de imobilização de acusado que não provocar fortes razões, do ponto de vista da segurança pública, para que a medida se aplique, com vistas a não indispor-lo, *v.g.*, perante os jurados – que poderiam decidir por uma eventual condenação unicamente amparados pela circunstância de que, por estar algemado, seria ele altamente nocivo à sanidade comunitária, não sendo digno de absolvição². É bem de ver, entretanto, que a práxis nos leva a crer ser tal súmula inexoravelmente ignorada.

Tal súmula, em que pese ser alvo acirrado de duras críticas, porquanto divide opiniões ferrenhas na jurisprudência, encontra-se em plena harmonia com o princípio constitucional de presunção da inocência e com a prerrogativa de que, até que se transite em julgado sentença condenatória, reputado como não culpado do ato é o acusado (art. 5º, inciso LVII, CF/1988).

Inobstante a fartura de exemplos da qual desfrutamos para a ilustração do tema, não nos alongaremos quanto aos mesmos, tendo ciência de que os

eleitos para aqui figurarem cumprem ao papel proposto, qual seja o de esclarecimento quanto à possível existência concreta de inobservância estatal no que respeita às suas próprias leis em sede processual, assunto com que mais a fundo trabalharemos no tópico que se segue.

3 O PONTO DE CONTATO ENTRE A APLICAÇÃO CONCRETA DO DEVIDO PROCESSO E A DISPARIDADE SOCIAL NO BRASIL

Árduo seria – senão inconcebível – se nos propuséssemos à tarefa de discorrer a respeito do devido processo legal hoje no Brasil, entendendo-o de um prisma endêmico, sem que buscássemos, antes, a compreensão da sociedade e da maneira como ela se estrutura no país, haja vista sua enorme diversidade. Conquanto não parem dúvidas quanto à natureza do Estado, pessoa jurídica eminentemente de Direito Público, é imperioso atentarmos para o fato de que a máquina estatal precisa de operadores naturais – ou corpóreos –, sem os quais seu funcionamento não há. Daí porque, nas definições mais recuadas do conceito de Estado, ser pacífico o entendimento de que são seus elementos constitutivos o *território*, a *soberania* e o *povo*, e que, faltando qualquer destes, descaracterizada encontra-se a figura do leviatã (HOBBS apud DALLARI, 2013).

Em sendo o povo um dos elementos orgânicos do arcabouço estatal, *i.e.*, seu arquétipo por excelência, cumpre analisá-lo toda vez que estudada a estrutura do Poder Público, a fim de que se a entenda melhor. Diante do exposto, leve-se em conta que o povo brasileiro goza de peculiaridades que lhe são de destaque e que refletem na forma como o Estado aqui é operado. Tais características, as mais das vezes, denotam-se por aspectos de viés econômico.

Segundo dados do IBGE³, e a título exemplificativo, a renda média no país é de R\$ 235 por mês entre os 8,6 milhões de trabalhadores mais pobres, contra R\$ 20.312 entre os 864 mil a ocupar o ápice da pirâmide, o que corrobora a defasagem de vencimentos entre a população. Entender as disparidades no âmago social no Brasil viabiliza a que se encare a questão político-judiciária sob uma ótica mais condizente com a realidade, tendo em vista o fato de que, apesar de pessoas com maior poder aquisitivo cometerem tantos crimes quanto pobres – quando não mais –, o sistema processual beneficia os primeiros, em detrimento dos últimos, menos favorecidos.

A confirmar o manifesto, cite-se infame caso intercorrido no interior de São Paulo no ano de 2009, a envolver ex-empregada doméstica⁴, a qual, apesar de semi-imputável, cumpria por um ano, em detenção, pena correspondente a uma tentativa de furto de um xampu e um condicionador, vindo a ficar cega de um olho no período de cumprimento de pena em virtude de uma bomba de gás lacrimogêneo lançada por agentes do Estado que colimavam conter uma revolta que no presídio em que a paciente se encontrava se iniciara (MERLINO apud VIANNA, 2009).

Após o evento fatídico, colegas de cela descreveram o estado contínuo de sofrimento suportado pela detenta, e que a mesma era incapaz de conter as dores oriundas de seus olhos que tivera feridos. Como decorrência do episódio, a mesma fora transferida de cela, a pedido de companheiros de pavilhão, por conta do alvoroço e barulho que provocava em razão das dores oculares que lhe acometiam, sendo deslocada para um setor prisional onde encontravam-se as presas ameaçadas de morte. O resultado da transferência foi a constância de espancamentos experimentados pela ex-empregada doméstica, impetrados pelas demais presidiárias do aludido setor, sem que o poder público se movimentasse no sentido de tê-los inibidos (MERLINO apud Vianna, 2009).

Tatiana Merlino, jornalista responsável pela narrativa de tal evento, à época de seu relato⁵, chegou a traçar paralelo, a título ilustrativo, da discrepância no tratamento processual no Brasil relativa a classes sociais, em que comparou o caso da ex-empregada ao de outra acusada em semelhante situação, mas que, em função de seu maior poder econômico, conseguira, de maneira mais célere e eficaz, a tutela de seu interesse, enquanto a primeira, patentemente passível de medida alternativa à pena privativa de liberdade, passara pelas atrocidades narradas sem que garantias processuais a acudissem.

Ainda sobre o paralelo de que se falou, e a questão do suposto “seletivismo judiciário”, segue dicção de Tatiana Merlino (apud VIANNA, 2009):

O mesmo recurso jurídico – o habeas corpus – pedido pela advogada S**** D**** para que M**** A***** respondesse ao processo em liberdade foi solicitado e concedido, em 24 horas, a outra mulher. Mas um “pouco” mais rica: uma empresária, proprietária de uma boutique de luxo, em São Paulo, condenada em primeira instância a uma pena de 94.5 anos de prisão. Três pelo crime de formação de quadrilha, 42 por descaminho consumado (importação fraudulenta de um produto lícito), 13,5 anos por descaminho tentado e mais 36 por falsidade ideológica. [...]

Somando impostos, multas e juros, a Justiça diz que a boutique deve aos cofres públicos 1 bilhão de reais. Os representantes da empresa contestam esse valor, mas afirmam que já começaram a pagar as dívidas. A sentença inclui ainda o irmão da empresária, diretor financeiro da empresa na época dos fatos, e o dono de uma das maiores importadoras envolvidas com as fraudes.

As inferências acima demonstram, quando não muito, o tratamento dispensado pelo judiciário, órgão estatal a quem assiste a tarefa de exercer a jurisdição, mediante o processo, às diferentes camadas da sociedade. Atente-se, contudo, que a legislação não faz distinções entre pessoas ou classes sociais, considerando, genericamente, que estas sequer existem ou integram o

debate, sendo, portanto, todos iguais e merecedores de tratamento congênera – ressalvada a igualdade examinada em sentido substancial.

No entanto, os aplicadores da lei têm, muita vez, se comportado de modo a denotar uma direção contrária a essa orientação, desvincilhando-se dos mandamentos legais em explícita dissonância constitucional, fazendo com que se pondere acerca da eficácia prática do instituto ao qual nos dedicamos ora à análise – o Devido Processo Legal –, confrontando, assim, sua concreta credibilidade.

CONCLUSÕES

Toda a exposição argumentativa que até aqui viemos de discorrer, pode, de maneira pedagógica, ser compendiada nas seguintes proposições:

- a) O *devido processo legal* no Brasil, em razão de sua alçada à esfera constitucional, integrando formalmente o texto fundamental, usufrui de lugar de destaque entre os princípios basilares que orientam a práxis jurídica no âmbito processual, derivando do mesmo, como não poderia ser diferente, uma nobre pletora de instrumentos processuais aptos a agilizar e aprimorar a experiência jurisdicional por parte dos indivíduos sobre os quais o Estado exerce sua autoridade. O ponto de crítica, entretanto, emerge quando da transposição de egrégio axioma para o plano prático;
- b) A sociedade brasileira é detentora de particularidades que lhe conferem características distintamente bem tracejadas em comparado a outros povos; fenômeno de nossa variada herança cultural. Como decorrência de aludida herança, é rotineiro o entendimento pelo qual pessoas com menor poder aquisitivo estejam mais predispostas à prática delituosa,

bem como a afirmação de que indivíduos que cometeram crimes, máxime os mais odiosos e repudiados pela ordem social, não sejam titulares de direitos e garantias, devendo, destarte, ser exilados do convívio comunitário sem que garantias processuais os alcancem. Tal lógica cultural parece encontrar, nalguns casos, terreno fértil no âmago judiciário, vindo a influenciar o poder decisório do Estado-Juiz, que, em última e detida análise, personifica-se em um indivíduo comum, que se propõe a interpretar a vontade estatal; e

- c) A gritante dessemelhança socioeconômica entre a população brasileira, alinhada à sua imaturidade cultural com que encara a questão do tratamento digno que deve ser dispensado a todos – incluindo-se aí, por óbvio, os presos ou acusados em sede processual penal –, faz com que alguns preceitos de ordem legal percam sua eficácia prática, restando-lhes tão só sua eficácia jurídica. Pessoas com maior poder aquisitivo se valem de infindáveis técnicas processuais a fim de interromper o trâmite de ações penais contra elas instauradas, lançando mão de recursos que protelam a experiência procedimental, com vistas a driblar a legislação vigente, assim como conduzir à extinção de sua punibilidade. Na contramão, encontram-se pessoas desamparadas pelo sistema judicial, sem acesso a um advogado e, em face do baixíssimo efetivo de defensores públicos, não efetivamente representadas, compondo a quase que totalidade do sistema prisional hoje no país.

Por fim, excogite-se que o problema, embora numa observação direta pareça estar na esfera judiciária, ou do Estado em geral, de modo reflexo, como aqui restou demonstrado, encontra-se sob a responsabilidade de todos os componentes da órbita social, vez que o comportamento humano gregário dita o tom de tratamento delegado à população, e que sua modificação poderia redundar em outra

interpretação com a qual se enxerga a questão. O princípio ao qual nos inclinamos a analisar representa garantias irretorquivelmente relevantes para a *societas* (dele decorrem princípios como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a celeridade processual, o acesso irrestrito à justiça, o direito de ação, entre muitos outros), cabendo a seus destinatários, bem como à máquina estatal, a conjugação de esforços voltados ao propósito de dar eficácia socialmente plena ao referido comando, sem que se rumine acerca da remota possibilidade de se tratar de modo diverso, num sentido pejorativo, àqueles que, em sede processual, respondam por delitos – sejam eles de qualquer essência –, pois fazê-lo seria negar efeitos práticos à prescrição constitucional segundo a qual “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

The DUE TO LAWSUIT AND THE CRIMINAL SYSTEM BRAZILIAN : an essay about the legitimate access to justice in the criminal sphere in Brazil

ABSTRACT

The current opus tilts to the task of discoursing about the Due Process of Law principle, lining off its evolutionary lineaments. In other words, it's objectified, through the present work, to offer to the juridical world a narrow study regarding the institute, fomenting its research. To that goal, of generic range, it's added up the intent of focusing our study, as can be seen, on the criminal sphere, on the Criminal Law, especially regarding its reflections on the ones socially less supported. Therefore, the work methodology here adopted conducts itself by the inductive research, that is to say, the analysis of specific, isolated cases, through which we'll find the display of generic data. Thereafter, the present research (inductively and, exceptionally, deductively) is guided by the

bibliographical inquiry – by the investigation of books and cybernetic means, such as juridical on-line addresses. Lastly, the conclusions achieved with the opus show off that is necessary a revaluation of the legal and social in the country, in order to make normative content truly observed (meanly by the State) and produce, thus, effects on the social orbit, repelling selective forms of law application, particularly in the criminal scenario, once everybody is equal. Thinking the other way around results in admitting that the Brazilian laws (norms and principles), concerning the more poor population, are mere paper sheets, without any practical effectiveness.

KEYWORDS: DUE PROCESS OF LAW. BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE.SOCIAL DISCREPANCY.JUSTICE ACESS.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. In: **Revista de Direito Administrativo**. 2011. Disponível em:<<http://www.bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 26 mai. 2015.

BARRIONUEVO, Alexei. Rape of Girl, 15, Exposes Abuses in Brazil Prison System. New York: **NY Times**, December, 2007. Disponível em: <www.nytimes.com>. Acesso em: 18 jun. 2015.

BECCARIA, Cesare Bonanesana. **Dos Delitos e Das Penas**. 2.ed. ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.São Paulo: Saraiva, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

QUARESMA, Lígia Maria Silva. Breves considerações acerca do Devido Processo Legal. In: **Âmbito Jurídico**. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 19 jun. 2015.

ROVER, Tadeu. Deputados pedem no CNJ punição ao juiz que decretou a prisão de ativistas. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. 2006. Furto Famélico: Presa por furtar pote de manteiga pede liberdade ao STJ. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

TURBAY JR, Albino Gabriel. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. In: **Âmbito Jurídico**. 2007. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 27 jun. 2015.



VIANNA, Rodrigo *et al.* “Por que a Justiça não pune os ricos?”, por Tatiane Merlino. In: **Revista Fórum**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

WALSER, Ray. Brazil: Action Needed to Curb Chronic Abuses: Advances and Setbacks on Human Rights. In: <www.hrw.org/news>. Publicado em 29 de janeiro de 2015.

NOTAS

1 Dados de Junho de 2014, divulgados por intermédio do estudo “**Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**”, o qual indica a existência, hoje no país, de cerca de 41% de detentos em prisão temporária. Para maior aprofundamento no assunto, cf. também, em concomitância, dados do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça, referentes ao ano de 2011, demonstrando um recrudescimento de 113% no número prisional no Brasil, acima, inclusive, do aumento registrado nas taxas de criminalidade.

2 –**Súmula Vinculante 11 (STF)**: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

3 Dados de setembro de 2014, disponibilizados pela BBC Brasil em seu sítio online.

4 Sobre o tema, ver: MERLINO, Tatiana. In: Revista Fórum (edição online).

5 Reportagem publicada no dia 21/10/2009, às 21:26 (horário de Brasília), pela revista “Caros Amigos”.