

# Acesso à justiça penal: desigualdade e garantismo

Fernando Antônio Calmon Reis

É no terreno da defesa que se mede, mais que em qualquer outro, a vigência das garantias penais e processuais e, por outro lado, a desigualdade dos cidadãos frente a lei penal (Luigi Ferrajoli).

## Introdução

Existem algumas zonas cinzentas quando enfrentamos a questão do acesso à justiça, especialmente quando abordamos a justiça penal. Em razão desta compreensão turva, nos remetemos com frequência à abordagens rasas, periféricas com auxílio de antiquados jargões forjados há décadas e que não mais contribuem para um debate útil. Como já consolidado nas sociedades democráticas contemporâneas, acesso à justiça é um direito humano básico, de essencial importância, por sua peculiar condição de ser um direito que assegura outros direitos<sup>1</sup> em um quadro de exposição de inúmeros direitos fundamentais conquistados historicamente<sup>2</sup>. O acesso à justiça é materializado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, indicador de que o Estado deve sempre existir em razão da pessoa humana e não o contrário, porquanto o "ser humano constitui uma finalidade precípua e não o meio da atividade estatal"<sup>3</sup>. Assim, tomando como norte a finalidade humanista, poderíamos conceituar o efetivo acesso à justiça como uma "completa igualdade de armas"<sup>4</sup> para que a solução dos conflitos imposta pelo Estado não seja indiferente ao direito, prestigiando-se apenas os méritos jurídicos da

---

<sup>1</sup> Por essa razão é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 8º).

<sup>2</sup> São direitos formalmente elevados ao status de fundamental, por um longo amadurecimento histórico, como os de primeira dimensão (civis e políticos, decorrentes das conquistas liberais pós-revolucionária), os de segunda dimensão (sociais ou os de intervenção estatal), ou ainda os de terceira dimensão, que são os atinentes à toda humanidade (meio ambiente, paz, livre determinação dos povos, dentre outros) e que são qualificados por uma expressão de solidariedade.

<sup>3</sup> Fensterseifer. Tiago. Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2008, p. 32.

<sup>4</sup> Capelletti. Mauro e Garth. Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

pretensão postulada ou da resistência oferecida, afastando as dissimilaridades entre os envolvidos na questão, e a sua conseqüente injustiça.

O ajuste social derivado desta relação conflituosa vai exigir que os seus atores se coloquem em igualdade de condição para a solução da controvérsia, com o mínimo de repercussão possível na coletividade. No caso da justiça penal, os atores por vezes ingressam nesta zona de obscuridade, uma vez que é imposto ao Estado uma atuação ambígua, quando exigido a intervir na relação conflituosa, seja como provedor da solução imposta para finalizar a controvérsia, seja como o próprio pretendente à submissão postulada, ou ainda como responsável pela qualificação técnica da resistência do cidadão acusado. Assim, o próprio Estado que acusa, é o responsável pela defesa pública (que vai atingir a grande parte dos submetidos ao processo penal), e também pelo julgamento de todas as controvérsias posta à sua deliberação.

É fato que o Estado não possui uma centralidade definida, separa as suas atribuições em um conjunto de instituições setoriais, cada qual com a suas particularidades que vão exigir um esforço dentro da própria estrutura estatal, com o objetivo de se movimentar na arena onde devem ocupar os espaços específicos, em uma relação de contraprestação com o capital político que possa cada um desses atores porventura acumular. Nesta arena, onde circulam interesses muitas vezes contrapostos, embora públicos, é que se encontram as opções que pautam o Estado no exercício da sua governabilidade<sup>5</sup>. São, portanto, escolhas, que vão definir prioridades, distribuindo muitas vezes de maneira desigual os recursos estatais, comprometendo, em última análise os seus próprios objetivos conquistados na afirmação dos direitos fundamentais formalmente assegurados.

### **Acesso à justiça penal**

Em se tratando da porta de entrada da justiça penal, o seu acesso é bastante generoso e orientado, embora seja uma resposta apenas simbólica. Há uma indicação estatal definida e contundente, revelando a importância da submissão às normas penalizantes, seja ainda em um processo de criminalização primária, na eleição em abstrato da conduta que deve ser reprovada penalmente, seja na criminalização

---

<sup>5</sup> Foucault lembra que: São as táticas de governo que permitem definir a cada instante o que deve ou não competir ao Estado, o que é público ou privado, o que é ou não estatal, etc.; portanto o Estado, em sua sobrevivência e em seus limites, deve ser compreendido a partir de táticas gerais de governabilidade (Microfísica do poder. Rio de Janeiro. Edições Graal. 1979, p. 292).

secundária, onde serão selecionados os que de fato serão submetidos à ação punitiva do Estado. O processo de criminalização primária é tão "imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável"<sup>6</sup>. Por outro lado, em face da limitação de se atuar no concreto, na subsunção da ação punitiva, há um direcionamento da criminalização secundária, "apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário"<sup>7</sup>.

Esta direcionada generosidade estatal, na porta de entrada da justiça penal, pode ser verificadas em números. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ tem divulgado anualmente uma pesquisa denominada Justiça em Números, oportunidade em que podemos cruzar com alguns outros indicadores não apresentados pela pesquisa e extrair da edição de 2011<sup>8</sup> o seguinte: o Brasil contava em 2010 com 16.804 juízes (em 1º e 2º grau de jurisdição), além de 321.963<sup>9</sup> servidores no Judiciário (19,15 servidores por juiz), trabalhando com todas as competências jurisdicionais. Isso representa 8,7 juízes<sup>10</sup> por cada 100 mil habitantes, ou uma força de trabalho, considerando os servidores, de 167/100mil habitantes. Para movimentação da máquina judiciária, em 2010, foram destinados R\$ 49,18 bilhões, excluída as despesas do Supremo Tribunal, o que corresponde a 1,12% do PIB. Deste total, 58,2% foram destinados à justiça estadual e 15,8% à Justiça Federal<sup>11</sup>.

No tocante à justiça penal há regras de competências a serem observadas antes da análise dos números divulgados pelo CNJ. A competência será sempre federal se a infração penal<sup>12</sup> for praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União<sup>13</sup> ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais; ou ainda se for crime

---

<sup>6</sup> E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar. Direito Penal Brasileiro, 1º volume. Rio de Janeiro. Revan. 2003. p. 43/44.

<sup>7</sup> Idem, p. 44

<sup>8</sup> 7ª edição disponível no sitio [http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel\\_justica\\_numeros\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf)

<sup>9</sup> Sendo que os servidores efetivos são 207.820 e os demais são requisitados ou nomeados sem vínculos.

<sup>10</sup> Segundo a Comissão Europeia para Eficiência da Justiça CEPEJ, conforme dados apurados em 2008, a média pesquisada em 29 países europeus é de 18 juízes por 100 mil habitantes.

<sup>11</sup> À Justiça do Trabalho foram destinados 26%.

<sup>12</sup> Excluída as contravenções penais e ressalvada a competência da justiça militar e eleitoral (art. 109, I da Constituição Federal).

<sup>13</sup> Alguns tipos penais para efeito de exemplificação: crimes de moeda falsa, descaminho, crimes praticados por e contra servidor público federal no exercício de suas funções, apropriação indébita previdenciária, fraude previdência, crimes de licitação, etc.

político<sup>14</sup>; crime ambiental, praticado no mar territorial brasileiro, nos rios, lagos e unidades de conservação pertencentes à união; crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômico-financeira e a lavagem de dinheiro; crimes praticados a bordo de navios e aeronaves; crimes contra a organização do trabalho; além dos crimes tipificados na legislação comum ou especial que também sejam previstos em tratado ou convenção internacional, desde que haja um nexo de internacionalidade<sup>15</sup>, tais como: crime de tráfico internacional de entorpecentes (Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas)<sup>16</sup>; crime de tráfico de mulheres (Convenção para repressão ao tráfico de pessoas e do lenocínio, de Lake Success, EUA)<sup>17</sup>; crime de tortura (Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes)<sup>18</sup>; crime contra a população indígena (Convenção nº 107, sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semi tribais de países independentes)<sup>19</sup>; crime de guarda de moeda falsa (Convenção Internacional para a repressão de moeda falsa)<sup>20</sup>; crime de pornografia infantil e pedofilia (Convenção sobre os direitos da criança)<sup>21</sup>; crimes de corrupção ativa e tráfico de influência nas transações internacionais (Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais)<sup>22</sup>.

Considerando, portanto, essa criminalidade selecionada pelas regras de competência, o CNJ divulgou que em 2010 havia em tramitação na Justiça Federal (1º grau de jurisdição) 4.261.535 processos, sendo que destes apenas 274.341 processos eram criminais, revelando uma proporção de 93,56% (não criminais) x 6,43% (criminais). Os novos casos criminais iniciados em 2010 somam 96.087 em um universo de 1.801.907 novos casos distribuídos na Justiça Federal, o que representa

---

<sup>14</sup> São considerados crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, pela Lei nº 7170/83, aqueles que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade territorial, a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a pessoa dos chefes dos Poderes da União, ou qualquer crime comum ao ser levado em consideração a motivação e os objetivos do agente e a lesão a estes bens jurídicos relacionados.

<sup>15</sup> Quando iniciada a execução do crime no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou vice-versa (art. 109, V, da Constituição Federal).

<sup>16</sup> Decreto nº 154, de 26/06/1991.

<sup>17</sup> Decreto nº 46.981, de 08/10/1959.

<sup>18</sup> Decreto nº 6.085, de 19/07/2007.

<sup>19</sup> Decreto nº 58.824, de 14/07/1966

<sup>20</sup> Decreto nº 3.074, de 14/09/1938.

<sup>21</sup> Decreto nº 99.710, de 21/11/1990.

<sup>22</sup> Decreto nº 3.678, de 30/11/2000.

apenas 5,33% do total dos novos casos, ou ainda 35,02% dos casos criminais em tramitação.

No mesmo período, os números apurados pelo CNJ demonstram que foram prolatadas 39.964 sentenças criminais, o que correspondem apenas a 14,56% dos processos em tramitação (274.341). Nas instâncias superiores da Justiça Federal, os novos casos criminais denotam ser 4,38% dos novos casos não criminais (426.440) recebidos em 2010. Verificou-se que no 2º grau de jurisdição (tribunais regionais federais) o total de novos casos criminais foi de 18.701, evidenciando que das sentenças prolatadas (39.964), aproximadamente<sup>23</sup> 46,79% tiveram recursos e 53,21% não.

Constata-se, assim, que o grau de litigiosidade criminal apurado pela pesquisa do CNJ em 2010 (274.341 processo criminais em andamento no 1º Grau da Justiça Federal) alcança uma taxa equivalente a 0,14% da população brasileira, enquanto a litigiosidade civil (4.261.535 processos não criminais no 1º Grau) é de 2,23%, considerando a existência de 190.755.799 habitantes (resultado definitivo) apurado pelo censo demográfico<sup>24</sup> também realizado em 2010.

Por sua vez, a competência criminal destinada à justiça estadual opera de forma residual. Qual seja, todos os casos não listados pela Constituição Federal para atuação da Justiça Federal, são casos de competência estadual. Para efeito de argumentação vamos denominá-los de criminalidade comum, diferenciando-a da criminalidade selecionada presente no âmbito federal.

Entretanto, os números apurados pelo CNJ com relação à justiça estadual, no espaço criminalidade comum, demonstram uma realidade distinta. Em 2010 estavam tramitando 33.012.327 processos, sendo que 6.961.945 eram criminais, representando a proporção de 78,91% (não criminais) x 21,08% (criminais). Os novos casos criminais somam 2.496.482 de um total de 11.124.935 novos casos distribuídos na justiça estadual, evidenciando 22,44% dos novos casos ou 35,85% dos casos criminais em tramitação.

---

<sup>23</sup> Para efeito de demonstração da estatística, estamos desprezando os processos que se iniciaram em razão da competência originárias dos tribunais regionais federais, que como regra são reduzidos e não comprometem a avaliação da quantidade percentual dos recursos em face das sentenças criminais prolatadas.

<sup>24</sup> Dados do IBGE acessível em: <http://www.ibge.gov.br/censo2010/>

Na justiça estadual foram prolatadas 1.825.999 sentenças criminais, o que equivalem a 26,22% dos processos criminais em tramitação. No 2º Grau de jurisdição os novos casos criminais (358.437) representam 19,26% dos casos novos (1.860.106) em geral. Os novos casos criminais demonstram ser de apenas 19,62% a sua relação com as sentenças prolatadas, o que pode indicar que este foi o percentual aproximado<sup>25</sup> de recursos criminais interpostos. Ou seja, em 80,37% dos casos não tiveram recursos criminais.

O grau de litigiosidade criminal (6.691.945 processos em andamento na justiça estadual) alcança a taxa de 3,64% da população brasileira, enquanto a litigiosidade civil (26.050382 processos não criminais em andamento) corresponde a 13,65% da população.

Com efeito, amparados nos números da pesquisa do CNJ, podemos resumir que apesar da Justiça Federal ter 27,14% do orçamento destinado à justiça estadual, a criminalidade comum (processada no âmbito estadual) representa 96,05% dos processos criminais em tramitação no país. Ou seja, a Justiça Federal tem apenas 3,94% dos casos criminais da justiça estadual (274.371 x 6.961.945). Na verdade, o número de casos criminais em tramitação na justiça estadual (6.961.945) é 163,36% maior que todos os casos (criminais ou não) em tramitação na Justiça Federal (4.261.535).

O grau de litigiosidade criminal da justiça estadual é de 3,64% em face do número de habitantes do Brasil, enquanto na Justiça Federal, que processa um criminalidade selecionada, esse índice alcança apenas 0,14% com relação à população de 2010, o que revela ser 26 vezes menor.

De todos processos em tramitação na Justiça Federal (4.261.535), 93,54% não são criminais e apenas 6,43% (274.341) são criminais. Já na justiça estadual esse percentual se situa em 78,91% (não criminais) x 21,08% (criminais). Os processos criminais em tramitação na justiça estadual são proporcionalmente 327,83% maior que os em tramitação na Justiça Federal.

---

<sup>25</sup> Assim como na Justiça Federal, para efeito de demonstração da estatística na justiça estadual, foi desprezado os processos que se iniciaram em razão da competência originárias dos tribunais de justiça, que também como regra são reduzidos e não comprometem a avaliação da quantidade percentual dos recursos em face das sentenças criminais prolatadas.

O número de casos novos criminais é na Justiça Federal (96.087) correspondente a apenas 3,84% dos 2.496.482 novos casos criminais na justiça estadual em 2010. Esta equivalência, portanto, se situa na faixa 96,16% (estadual) x 3,84% (federal). Todavia, o percentual de recursos judiciais interpostos é substancialmente maior com relação à criminalidade selecionada: na Justiça Federal equivale aproximadamente a 49,79% das sentenças prolatadas, enquanto na justiça estadual é de apenas 19,62%. Essa é uma diferença significativa; os números demonstram ser 253,77% maior a taxa de recurso para a criminalidade selecionada do que em relação à criminalidade comum.

Com relação às sentenças criminais prolatadas, os números demonstram que a agilidade da justiça estadual é bem maior no julgamento da criminalidade comum do que o julgamento da criminalidade selecionada pela Justiça Federal. Na justiça estadual o percentual de sentenças com relação aos processos em andamento é de 26,22%, enquanto que na Justiça Federal não ultrapassa 14,56%, diferença de 180,08%.

Esse número não se explica pela estrutura contemplada à Justiça Federal. Os dados revelam que a Justiça Federal teve uma despesa R\$ 6.487.340.490,00 para que 1.749 juízes e 37.990 servidores pudessem instruir e julgar também os 274.371 processos criminais que estavam em andamento em 2010. Comparativamente com a justiça estadual temos que: as despesas totais da Justiça Federal correspondem a R\$ 3.709.171,23/por juiz (1.749), enquanto que na justiça estadual esta despesa equivale a R\$ 2.000.323,34/por juiz (R\$ 23.879.860.039 para 11.938 juízes), o que confirma uma despesa 185,42% maior que a justiça estadual. Se tomarmos o número dos servidores encontramos que as despesas da Justiça Federal é de R\$ 170.764,42/servidor, enquanto a da justiça estadual é de R\$ 100.938,63, mais uma vez evidenciando uma diferença de 169,17%.

Considerando, ainda, o número de processos criminais em andamento, a despesa da Justiça Federal é de R\$ 23.644,41/processo e a da justiça estadual de R\$ 3.568,44, ou seja 662,59% maior. Se formos comparar o total das despesas pelo número de sentenças criminais prolatadas vamos encontrar que na Justiça Federal o valor é de R\$ 162.330,86/sentença. Na justiça estadual este valor é de R\$ 13.077,69/sentença, demonstrando uma diferença de 1.241,28%.

Por fim, se dividirmos o número de juízes pelos processos criminais em andamentos e sentenças criminais prolatadas podemos fazer a seguinte comparação: na

Justiça Federal os dados apontam a existência de 156,85 processos criminais em andamento e 6,86 sentenças criminais prolatadas pelo número total de juízes federais. Por sua vez, na justiça estadual essa média é de 583,17 processos criminais em andamento e 152,95 sentenças criminais prolatadas pelo número total de juízes estaduais. Mais uma vez encontramos uma diferença substancial, especialmente se considerarmos que é apenas uma parcela dos juízes estaduais/federais que estão oficiando na área penal.

A pesquisa do CNJ evidencia, em uma primeira leitura, que o acesso à justiça penal em âmbito federal é mais seletivo, mais caro para o Estado e menos produtivo, não obstante as regras processuais, em geral, serem as mesmas aplicadas aos processos criminais da justiça estadual. Em alguma medida essa discrepância poderia ser explicada pela complexidade das causas criminais federais, da mesma forma que poderia ser argumentado que há uma atenção maior às causas relacionadas com a criminalidade selecionada ou uma atenção mitigada às causas da criminalidade comum por parte da justiça estadual. Olhando as duas pontas desta questão é possível visualizar a abrangência e a complexidade deste tema, que não vai se esgotar neste estudo.

Focando, entretanto, somente a questão de acesso à justiça penal, se faz necessária algumas considerações: o acesso não pode ser visto somente como ato voluntário de procurar a justiça (ou o Judiciário), visão clássica relacionada ao litígio de natureza civil (do mesmo modo já superada). Certamente na justiça penal, que obriga a intervenção do Judiciário por uma questão de segurança relacionada ao interesse público (proibição da autotutela), com exceção das ações de iniciativas privadas, que são insignificantes sob o ponto de vista estatístico, o acesso se dá de forma voluntária (direcionada e generosa) para o Estado e de forma forçada para o réu<sup>26</sup>. Surge, no entanto, uma demanda natural que vem em sentido contrário a provocada pela pretensão punitiva estatal (incluindo a pretensão executória da pena), porque não é exigível do acusado que não ofereça resistência à essa pretensão, mas que igualmente vai procurar equacionar questões relativa à justiça social, entre a necessária igualdade jurídico-formal e a real desigualdade socioeconômica no ambiente em que vão se estabelecer essas relações.

---

<sup>26</sup> Neste sentido, Boaventura Souza Santos. *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13 edição. São Paulo. Cortez. 2010, p. 167.



O acusado, diferentemente do Estado, tem que superar os obstáculos do acesso à justiça, que se situam no plano econômico social e cultural<sup>27</sup>. A resistência à pretensão punitiva (e executória da pena) do Estado não ocorre sob o domínio da igualdade (paridade), mas apenas se revela em seu sentido formal, tendentes apenas a tomar em consideração princípios historicamente conquistados (ainda que não efetivamente realizados), como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Vivemos, até então, da dependência de uma crença normativista, com a eterna sensação de descolamento da realidade, onde projetamos a esperança de que se enunciarmos formalmente os direitos do réu, vamos assegurar o equilíbrio entre as partes, desconsiderando as ferramentas necessárias à sua real efetivação<sup>28</sup>.

Numa análise das perspectivas do consequente, ou seja, na consideração da aplicação da lei penal, os obstáculos ao acesso à justiça penal são visíveis nos dados divulgados pelo CNJ. Em âmbito federal, a criminalização primária produz tipos penais selecionados, que vão interferir à sua medida nos interesses da União Federal, que em última análise é uma abstração jurídica. Sob o ponto de vista econômico, social e cultural, não vamos encontrar, em regra, os mesmos destinatários da pretensão punitiva do Estado na justiça estadual e na Justiça Federal. O perfil é diferenciado e o sistema reage de maneira idiossincrática.

Em entrevista com juiz titular de uma vara criminal da Justiça Federal<sup>29</sup>, foi informado que os crimes mais comuns em tramitação em sua vara eram de: a) apropriação indébita previdenciária<sup>30</sup>; b) crimes contra a ordem tributária<sup>31</sup>; e, c) fraudes previdenciárias. A apropriação indébita previdenciária, para tomarmos um exemplo, implica em deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos

---

<sup>27</sup> Segundo Boaventura Souza Santos: Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o extrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas (obra citada, p. 170)

<sup>28</sup> Para Salo de Carvalho: A crença paleopositiva nos sistemas jurídicos harmônicos e dotados de avançados mecanismos processuais, direcionados à satisfação dos direitos das pessoas, é denominada por Ferrajoli de falácia normativista. A falácia normativista, alinhada à falácia politicista - pressuposição de existência empírica de bons poderes que independentemente do direito podem efetivar os direitos, produz no sistema de integração das normas racionalidade ingênua, carente do instável e desestabilizador do contato com o real (Antimanual de Criminologia. 4ª edição. Rio de Janeiro. 2011. p. 122/123).

<sup>29</sup> Entrevista realizada em 11.04.2012 com o juiz titular da 12ª Vara Federal do Distrito Federal, Dr. Marcus Vinicius Reis Bastos.

<sup>30</sup> Artigo 168-A do Código Penal.

<sup>31</sup> Lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990.

contribuintes. A conduta deixar de repassar/recolher contribuição previdenciária é um crime omissivo próprio que somente pode ser praticado por quem tem o dever legal de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas ou retidas dos contribuintes. É um crime cometido, portanto, por intermédio de uma pessoa jurídica, indicando que o sujeito ativo, em regra, será o empresário ou o empregado responsável (do alto escalão) que está sendo conivente com a intenção ilegal de apropriação de recursos previdenciários pela empresa. No mesmo sentido, os crimes contra a ordem tributária, pessoas jurídicas em regra que vão responsabilizar penalmente os seus proprietários (empresários) ou empregados também do alto escalão da empresa.

Seguindo no exemplo, verifica-se que nos casos mais comuns em tramitação na Vara Federal informada, a responsabilidade penal vai se situar em um âmbito econômico, social e cultural mais privilegiado. Os obstáculos já não incidem com a mesma intensidade. É possível, assim, também superar a hipossuficiência organizacional, propiciando que a resistência à pretensão punitiva (e também a executória) seja mais qualificada. Há mais tempo, mais recursos econômicos, maiores possibilidades de entender o caráter ilícito de sua conduta e apresentar soluções ou alternativas de entendimento, ou mesmo alcance sobre o tipo penal imputado. É fato que se pode contar com mais facilidade com auxílio interdisciplinar, lançando mão de perícias contábeis, dentre outros recursos necessários ao exercício efetivo da defesa.

Portanto, sob o foco do acesso à justiça, há um maior equilíbrio de forças quando tratamos da criminalidade selecionada. Se não é paritário, porquanto a estrutura posta à disposição do Estado é ainda mais generosa (a investigação policial é levada a efeito pela Polícia Federal, bem mais aparelhada sob o ponto de vista material e humano que as policiais estaduais), em certa medida já se verifica uma neutralização dos efeitos unilaterais da pretensão punitiva. Por isso, os dados lançados pelo CNJ demonstram que se sentencia muito menos na Justiça Federal. A proporção referente aos casos em tramitação em 2010 é de apenas 14,56% (na justiça estadual é de 26,22%). Certamente o acesso mais pródigo para quem precisa resistir à pretensão punitiva, produz maiores dificuldades de se formar uma convicção para se sentenciar, haja vista a fartura de dados que se pode produzir, o que também implica em um maior dispêndio de tempo para se analisar.

Na outra ponta, quando há sentença (tanto de condenação, quanto de absolvição), é visível a capacidade das partes (acusação e defesa) no conflito penal, referente à criminalidade selecionada, de interpor recurso judicial. A diferença, também revelada pelo Justiça em Números, é considerável. Como os obstáculos ao acesso à justiça são minimizados quando se trata de crimes federais (seja sob o ponto de vista da defesa ou da acusação), a proporção de recursos interpostos impugnando as sentenças é de aproximadamente 49,79% (federal) x 19,62% (estadual). Não importa se quem recorre da sentença é a instituição estatal que postula a pretensão punitiva ao próprio Estado (o que sugere que pode haver um significativo número de sentenças absolutórias ou de opção de reprovabilidade abaixo do pretendido), ou mesmo a parte condenada, que não se encontra em regra muito impedida de acessar recursos judiciais, podendo permanecer na resistência à pretensão punitiva nas instâncias judiciais superiores.

### **Acesso e desigualdade**

No âmbito estadual, onde se situa a criminalidade comum (96,05% dos processos criminais em tramitação em 2010), em geral o crime é burdo, revelando o baixo nível socioeconômico e cultural do acusado<sup>32</sup>, que na maioria das vezes não pratica qualquer ilegalidade elaborada ou com requinte<sup>33</sup>. Por isso, os 6.961.945 processos criminais em tramitação (2010) correspondem a 3,64% da população. Assim, em face da quantidade de conflitos formalmente apurados (que já são resultantes de um processo seletivo), o sistema conspira, desde o inquérito policial, para a obtenção do mais fácil, alcançado pela confissão como atalho da investigação, oportunizando a eliminação da complexidade a ser discutida em juízo, facilitando a formação da convicção judicial e a prolação com maior rapidez de sentenças condenatórias.

Com a condenação amparada por confissão, e por um valor exacerbado emprestado à palavra da vítima (de simples identificação, diferentemente dos crimes federais), retórica instituída para compensar a ineficiência das investigações (certamente

---

<sup>32</sup> O Censo Penitenciário informa que em 2009 a população carcerária era de 473.626 condenados, sendo que apenas 1.705 (0,35%) dos condenados tinham curso superior completo e 69 (0,01%) dos condenados tinham escolaridade acima do curso superior completo (Disponível no sítio do Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>). No entanto, o censo demográfico do IBGE de 2010 indica que 7,9% da população brasileira tinha curso superior, o que representa uma média 2.557,14% maior que a população carcerária.

<sup>33</sup> Segundo o Censo Penitenciário, em 2009, a população carcerária era composta pela prática dos seguintes crimes: 29% (roubo); 20% (tráfico de entorpecentes); 16% (furto); 12% (homicídio) e 5% (crimes contra a dignidade sexual), o que representa 82% dos que estavam cumprindo pena.

prejudicada pelo binômio quantidade x capacidade operacional da agências policiais dos Estados, que é sempre deficitária)<sup>34</sup>, é explicável que o percentual de sentenças seja bem superior à esfera federal (26,22% x 14,56%).

Em se tratando geralmente de crimes cometidos sem muita elaboração, sem recursos intelectuais ou materiais (são em geral crimes cometidos na rua e não nos escritórios, como os crimes federais), pode-se observar com mais destaque as chamadas "teorias de todos os dias"<sup>35</sup>, onde se constrói a convicção judicial, em face de repetidas condutas desviantes, ao ponto de ser possível encontrar um padrão tendente à posição social do acusado. Alessandro Baratta lembra que "isto leva juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados"<sup>36</sup>, tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito quanto em face da análise de sua personalidade. Há portanto um processo de seleção e estigmatização mais definido, diferentemente do que ocorre no âmbito federal, onde os processos criminais em tramitação (274.341) em geral decorrem de condutas mais sofisticadas, por isso correspondem somente a 0,14% da população.

Entretanto, a "opção pelo mais fácil" no sistema penal estadual (que prestigia somente a pretensão punitiva) não é causa, senão efeito da própria omissão do Estado no aparelhamento da sua agência de defesa pública, que poderia emprestar um maior equilíbrio ao acesso à justiça, minorando os deletérios efeitos do poder punitivo arbitrário (não garantista). O acesso à justiça penal (decorrente de uma reação formal selecionada a um fato criminalizado conhecido) se inicia pela agência policial e se transfere à agência estatal postuladora da pretensão de punir, que são instituições seculares dentro do sistema judicial. Trata-se, portanto, de uma atividade sob o domínio do poder público amadurecida com o tempo e com a práxis. Ingressando o acusado nesta relação não espontânea, ou se estabelece uma resistência privada (em desfavor da

---

<sup>34</sup> Zaffaroni descreve que: A disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejado efeito de se criminalizar várias vezes toda a população (Em busca da pena perdida. A perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro. Revan. 1991. p. 26).

<sup>35</sup> Segundo Alessandro Baratta: Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas "teorias de todos os dias", que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial (Criminologia crítica e crítica ao direito penal. 3ª edição. Rio de Janeiro. Revan. 2002. p. 177)

<sup>36</sup> Obra citada, p. 177.

pretensão pública), ou se socorre da agência pública de defesa, que ainda é uma novidade em termos institucionais (organizada nacionalmente a partir da Constituição de 1988).

Entretanto, o trabalho de acesso de grande parte da população à justiça penal se faz somente pela agência de defesa pública, que deve garantir assistência jurídica integral tanto na fase inquisitorial quanto na judicial. A logística e a estrutura desta instituição deve ser organizada para focar essa atuação integral, o que certamente demanda instrumental normativo e suficiente aporte orçamentário.

A questão normativa já conta com um enorme avanço. A Defensoria Pública, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados<sup>37</sup>. Portanto, foi organizada em carreira de Estado, com dedicação exclusiva de seus membros, e possui autonomia funcional e administrativa e iniciativa de sua lei orçamentária<sup>38</sup>. No tocante à legislação processual penal inúmeros dispositivos legais<sup>39</sup> disciplinam a atuação desta agência, desde a obrigação da agência policial de comunicar a prisão em flagrante à Defensoria Pública, para que a resistência à pretensão de punir se inicie desde o momento da segregação cautelar do acusado<sup>40</sup>, até participação da Defensoria Pública como órgão do sistema penitenciário, no acompanhamento da execução da pena do condenado<sup>41</sup>.

O problema não se situa, como se vê, no âmbito normativo, senão na distribuição desigual pelo Estado dos recursos orçamentários para as agências do

---

<sup>37</sup> Artigo 1º da Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994, alterado pela Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009.

<sup>38</sup> A concepção de acesso a justiça como direito humano fundamental, a importância do modelo de assistência jurídica gratuita exercida pela instituição Defensoria Pública, com defensores públicos de carreira que gozam de independência e autonomia funcional, vem sendo adotados por diversos países latino-americanos e ocupando espaço em fóruns internacionais. Recentemente a Organização dos Estados Americanos - OEA aprovou, por sua sessão plenária de 07 de junho de 2011, a Resolução nº 2.656, com recomendações neste sentido.

<sup>39</sup> Neste sentido ver: Lei nº 12.403, de 04.05.2011, que alterou o Código de Processo Penal; Lei nº 12.313, de 19.08.2010, que alterou a Lei de Execuções Penais.

<sup>40</sup> Segundo o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil o número de prisões em flagrante comunicadas à Defensoria Pública aumentou de 2007 para 2008 em 229,06% (Ministério da Justiça. Brasil. p. 158).

<sup>41</sup> Artigo 61 da Lei de Execuções Penais.

sistema judicial. Embora se deva reconhecer um crescimento orçamentário contínuo da Defensoria Pública, esta desigualdade ainda reflete o seu deficiente aparelhamento material e humano, o que compromete a qualidade de sua atuação e explica, em determinada medida, os dados divulgados pelo CNJ, em especial de que na justiça estadual há apenas, aproximadamente, 19,62% de recursos criminais com relação às sentenças prolatadas (1.825.999). Claro que este percentual, visto em números absolutos, comparado com os recursos na Justiça Federal, é superlativo. Mas, o fato de que não há recursos em 80,38% dos casos criminais sentenciados pela justiça estadual é, sob o ponto de vista do acesso à justiça, absolutamente preocupante e nos remete a uma reflexão.

Do orçamento executado pelo sistema de justiça, apurado pelo II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil<sup>42</sup>, produzido pelo Ministério da Justiça em 2006, 71,30% foram destinados ao Judiciário, enquanto 25,37% ao Ministério Público e 3,33% à Defensoria Pública. Em 2009, no ano anterior à pesquisa do CNJ referenciada, o III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil<sup>43</sup> apurou que com relação ao orçamento total dos Estados, o Judiciário ficou com 5,34%, o Ministério Público com 2,02% e a Defensoria Pública, que se encontra em franco desenvolvimento institucional, com a tendência de elevação na participação orçamentária nos próximos anos, com apenas 0,40%.

Essa desigualdade na distribuição de recursos orçamentários reflete números significantes: segundo o Diagnóstico do Ministério Público dos Estados<sup>44</sup>, também produzido pelo Ministério da Justiça em 2006, haviam 2,09 membros do Ministério Público para cada defensor público, sendo que no Maranhão e no Piauí havia uma média inexplicável de 9,75 e 7,46, respectivamente, promotores para cada membro da Defensoria Pública. Nos estados da Bahia e do Amazonas esta média também ficou acima de 5/1.

Em números absolutos o Diagnóstico do Ministério Público informa que haviam 8.716 membros estaduais e 925 federais, totalizando 9.641 no ano de 2004. O I Diagnóstico da Defensoria Pública<sup>45</sup> registrou que em 2003 eram apenas 3.154

---

<sup>42</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag\\_defensoria\\_II.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/Diag_defensoria_II.pdf)

<sup>43</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag\\_DefensoriaP.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf)

<sup>44</sup> Disponível no sítio: [http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/noticias/cao/pgi/diagnostico\\_mp.pdf](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/noticias/cao/pgi/diagnostico_mp.pdf)

<sup>45</sup> Disponível no sítio: [http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/1828/Diag\\_defensoria.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/1828/Diag_defensoria.pdf)

defensores públicos. Esse número saltou para 4.515 em 2009<sup>46</sup>, ainda bem abaixo do número de membros do Ministério Público, que certamente neste período também se elevou. Além do mais, constatou-se pelo III Diagnóstico da Defensoria Pública que 84% dos processos em tramitação eram cíveis e apenas 16% eram criminais, o que vai exigir a distribuição de força de trabalho, senão proporcional, próxima a essa demanda especializada.

No tocante à comparação de despesas realizadas, o Diagnóstico do Ministério Público dos Estados informa que em 2003, na Bahia, por exemplo, o Ministério Público gastou R\$ 707,60 para cada R\$ 1,00 gasto pela Defensoria Pública. Enquanto que em 2004 esta proporção caiu para o ainda impressionante patamar de R\$ 401,92/R\$ 1,00. No Rio de Janeiro, onde se verifica um equilíbrio mais satisfatório entre as instituições, esta proporção foi, em 2003, de R\$ 2,57 gastos pelo Ministério Público para cada R\$ 1,00 da Defensoria Pública. Em 2004, esta relação foi de R\$ 2,33/R\$ 1,00. Como consequência, somente cerca de 42,71%<sup>47</sup> das comarcas eram atendidas pela Defensoria Pública no Brasil em 2008.

Visto assim, a desigualdade entre as instituições é gritante (do mesmo modo são os seus efeitos para o sistema de justiça), embora se possa reconhecer que a movimentação da agência de defesa pública dentro da arena de distribuição de prioridades do Estado vem a cada ano ocupando um espaço maior, o que resulta em uma contínua melhora da qualidade de sua atuação. No entanto, o tempo que o Estado leva para responder eficazmente a algumas demandas é absolutamente nocivo e gera consequências práticas, muitas das quais irreversíveis.

O acesso à justiça deficiente não é simplesmente uma outra omissão na execução de políticas públicas, cujo direito, também formalmente assegurado à população, pode aguardar a iniciativa de um governante iluminado. Na verdade, o acesso à justiça quando por algum motivo é obstado, mesmo que parcialmente, implica que na outra ponta alguém está se favorecendo desta omissão, o que sugere a instabilidade no ambiente dialético que se desenvolve o ajuste social advindo de uma relação conflituosa. A desigualdade é perversa porque prestigia uma pretensão em detrimento de uma resistência, e ofende a dignidade ao direcionar a solução de conflitos a grupos

---

<sup>46</sup> III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

<sup>47</sup> III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

privilegiados. A desigualdade também sublima a ideia da distribuição de justiça de classe, o que já se encontra, de certa forma, acentuada no senso comum, amparada pela obviedade que estes números demonstram.

### **Acesso e garantismo**

Para Luigi Ferrajoli há um dado da realidade inexorável: "la extrema desigualdad de las personas frente a la justicia"<sup>48</sup>. De fato, nosso sistema jurídico é prodigo em enunciar direitos. Estamos cercados de boas intenções, mas de pouca realização (ou compreensão) de como ter efetivo acesso aos direitos (enunciados). A forma ocupa um espaço privilegiado, com o objetivo de fundir a legalidade com a "legitimidade do poder político punitivo"<sup>49</sup> e funciona como uma retórica minimizadora dos trágicos efeitos da desigualdade, especialmente diante do sistema punitivo.

O ideal iluminista libertário para o direito penal foi aos poucos cedendo espaço ao modelo de defesa social (escola positivista), que amparado no enganoso temor ao delinquentes, "mantém a estrutura de perscrutar o criminoso na sua subjetividade e construir mecanismos de proteção da sociedade contra o inimigo"<sup>50</sup>, que se identifica especialmente com os habitantes das camadas mais vulneráveis da população. Morais da Rosa alerta que o direito penal "possui papel estratégico na manutenção do sistema"<sup>51</sup>, ou seja, a estratégia que utiliza a coerção legitimada para fins de seleção<sup>52</sup>, repressão e punitividade. E é nesse ambiente que, contraditoriamente, a intervenção do Estado deixa de "estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas"<sup>53</sup> e "demonstra radical potência para romper com a legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos de todos os envolvidos"<sup>54</sup>, vítimas, acusados e condenados.

---

<sup>48</sup> La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Ministerio Público de la Defensa Argentina. Buenos Aires. La Ley. 2008. p. 77.

<sup>49</sup> Salo de Carvalho, obra citada, p. 123.

<sup>50</sup> Alexandre Morais da Rosa. O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e Big Brother. Crítica a execução penal. 2ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007. p. 326.

<sup>51</sup> Obra citada, p. 326.

<sup>52</sup> Neste sentido, Maximo Pavarini: La efectividad del sistema penal no está tanto (o no solo) amenazada por el exceso de criminalización primaria, sino por un exceso de vocación con respecto a una esfera relativamente reducida de delitos, en cuya confrontación el sistema de la criminalización secundaria esta "constrenido" a actuar con criterios de elevadísima selectividad (Seguridad frente a la Criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes. México. Coyoacán. 2006. p. 26).

<sup>53</sup> Salo de Carvalho, obra citada, p. 122.

<sup>54</sup> idem, p. 122.



Essa omissão do Estado implica em consequências profundas. Para Ferrajoli<sup>55</sup> se trata de uma desigualdade odiosa, pois ataca o terreno das liberdades fundamentais em todos os momentos da intervenção penal: desigualdade na exposição à intervenção punitiva, desigualdade de direitos no processo e, por fim, desigualdade no tratamento da execução penal. São desigualdades que tem origens no próprio direito penal (estrutura normativa antigarantista e discriminatórias que expõe um exacerbado subjetivismo na aplicação da pena) e também extrapenal, do tipo econômica e social, que vai obstar a igualdade do direito de defesa.

Ferrajoli afirma, ainda, que estas desigualdades vão influir sobre as mesmas categorias de sujeitos (os socialmente mais vulneráveis) e são determinadas pelo mesmo fator (tanto normativo quanto efetivo): a debilidade das garantias penais e processuais e, mas em geral, a desigualdade das garantias de todos os demais direitos fundamentais. Como resultado desta crescente desigualdade: "es lo caracter cada vez más clasista de la justicia penal en todos los países occidentales".<sup>56</sup> que vai implicar em um processo de prisionização em massa dos mais vulneráveis, gerada por uma degeneração dos objetivos da justiça penal e sustentada por uma ideologia da exclusão<sup>57</sup>.

Na origem deste processo, aponta Ferrajoli<sup>58</sup>, encontram-se políticas penais que são tão indiferentes às causas estruturais dos fenômenos criminais, como promotoras de um direito penal máximo e desigual, que desconhecem as garantias. São "políticas interesadas somente en reflejar y secundar y por ello mismo en alimentar, los miedos y los humores represivos presentes el la sociedad"<sup>59</sup>. O lugar privilegiado para esta política é a segurança pública, em face de uma crescente sensação de insegurança

---

<sup>55</sup> Obra citada, p. 77.

<sup>56</sup> Obra citada, p. 79. Na sequência afirma o autor: Prueba de ello es la composición social de la población carcelaria, formada, si no unicamente, al menos se su mayor parte - tal como muestran las estadísticas judiciales de estos países p por sujetos pobres y marginados: inmigrantes, negros, tóxico-dependientes, detenidos por pequeños delitos contra el patrimonio. En todo el mundo asistimos a un crecimiento exponencial del fenómeno de la prisionización.

<sup>57</sup> Nas palavras de Ferrajoli: Se trata, como ha sido observado, en una prisionización en masa de la pobreza, generada por una degeneración clasista de la justicia penal y sostenida por una ideología de la exclusión que criminaliza a los pobres, los marginales, o peor aún, a los que son considerados "diferentes" - el extrajero, el islamico, el inmigrante clandestino - bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad (obra citada. p. 79).

<sup>58</sup> Obra citada, p. 80.

<sup>59</sup> Obra citada, p. 80.

social<sup>60</sup>, enfatizada e propagada pelos meios de comunicação<sup>61</sup>, "en particular por esa fabrica de miedo en que se ha convertido la televisión"<sup>62</sup>.

A impossibilidade do Estado de dar uma resposta instrumental a toda violência concreta cometida na sociedade, em face da distância entre os efeitos da programação constante entre a criminalização primária e a secundária, limitada esta às possibilidades reais de intervenção estatal, faz surgir uma seletividade estrutural, caracterizada por uma "orientação que restringe sua atuação a determinados delitos e delinquentes, com uma conotação social"<sup>63</sup>.

Neste contexto, onde a opção se faz por uma "resposta penal simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana"<sup>64</sup>, estabelece-se um ambiente propício para gerar na opinião pública uma ideia "classista e racista"<sup>65</sup>, deformando o imaginário coletivo sobre os mais vulneráveis e o fenômeno da delinquência, atentando-se somente para os efeitos da criminalidade e ignorando suas causas. Na assertiva de Lola Aniyar de Castro, "a delinquência é entendida, portanto, como um problema de ordem pública e não como problema social"<sup>66</sup>. Nesta marcha, deixa a justiça penal de se ocupar dos delitos relacionados à criminalidade selecionada, cuja a vítima é geralmente de difícil identificação (por ser, via de regra, uma abstração jurídica) para se ater aos delitos que atentam contra a segurança pública (vítimas de fácil identificação).<sup>67</sup>

---

<sup>60</sup> Lola Aniyar de Castro destaca que: o sentimento de insegurança criado pelos meios servem para que o Estado possa implementar medidas autoritárias (operativos, leis repressivas, militarização da ordem pública e centenas de mortes em supostos enfrentamentos com a polícia). Tudo isso com o consenso coletivo, substituindo outras ações possíveis, como atuação governamental, pelo mais fácil emprego da força (Criminologia da libertação. Rio de Janeiro. Revan. 2005. p. 234).

<sup>61</sup> Lola Aniyar de Castro faz a seguinte observação sobre a indústria de comunicação: Os chamados "grandes informadores" trabalham sobre a base da entrega dos cérebros. Portanto, não se trata, propriamente de "comunicação", porque não há resposta. Trata-se de um trabalho de engenharia social no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares (Obra citada, p. 201).

<sup>62</sup> Ferrajoli. Obra citada, p. 80. No mesmo sentido ver: Francesc Barata. La violencia y los mass media. Entre el saber criminologico y las teorías de la comunicación (Revista Brasileira de Ciências Criminas nº 29. São Paulo. IBCCRIM. p. 257/267).

<sup>63</sup> Cristina Zackseski. Da prevenção penal à nova prevenção. Revista Brasileira de Ciências Criminas nº 29. São Paulo. IBCCRIM. p. 168.

<sup>64</sup> Cristina Zackseski. Obra citada, p. 168.

<sup>65</sup> Ferrajoli, obra citada, p. 80.

<sup>66</sup> Obra citada, p. 235.

<sup>67</sup> Segundo Ferrajoli: Es un mensaje que tiende a inocular en la opinión pública la concepción clasista y racista de la equiparación de los pobres, de los negros, o de los inmigrantes, a los delincuentes, y, por lo tanto, deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el derecho penal: para que la justicia penal

A resposta penal simbólica, como ensina Ferrajoli, está produzindo, de uma maneira mais marcante que no passado, uma duplicação do direito penal: "derecho mínimo y tolerante para los ricos y poderosos, derecho máximo e inflexible para los pobres y marginados"<sup>68</sup>, o que evidencia a subjetivização do direito penal, caracterizando-o como "do autor" em detrimento do "direito penal do fato", de inspiração iluminista. Por outro lado, há que se reconhecer que quanto mais o crime se origina da situação de vulnerabilidade, menos resulta a prevenção penal. A pena é, por princípio, exigida ou recrudescida mais de quem tem a maior capacidade de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Isso pode resultar efetivo para a criminalidade selecionada, onde é possível se exigir conduta diversa. No entanto, para a criminalidade comum, restrita a poucos delitos, relacionados geralmente à pequenos crimes patrimoniais ou à dependência química, a prevenção pela pena é absolutamente insignificante, em face do seu caráter meramente simbólico, cuja utilidade é somente de evitar a vingança privada. Ferrajoli anota que "es ilusorio confiar a ella la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en vez de confiar tal tarea a políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación".<sup>69</sup>

Conforme sempre pronunciado por Luigi Ferrajoli, garantismo é em geral conjugado com direitos fundamentais, em especial com os direitos de liberdade, e em particular com igualdade (que é tanto a afirmação de direitos à liberdade quanto de direitos sociais). O garantismo assume, assim, tal qual os direitos fundamentais um caráter universal, "reconocidos a todos en igual forma y medida"<sup>70</sup>. Há, portanto, um nexos entre garantismo penal, igualdade e democracia e se entende como condição essencial de credibilidade do direito penal (portanto, de sua legitimidade) o valor da garantia do direito de defesa, que para os mais vulneráveis se opera pela agência de defesa pública, com todo aparato normativo e orçamentário que se faz necessário para que possa prestar uma efetiva assistência jurídica integral.

---

deje de perseguir los delitos de las "personas de bien" y se ocupe - cosa demás muy fácil - solo de los delitos que atentan contra su seguridad (obra citada, p. 80).

<sup>68</sup> Obra citada, p. 81. Segue o autor: Mientras que, frente a la delincuencia de cuello blanco, la justicia es muy frecuentemente impotente - piénsese sólo en la prescripción perseguida sistemáticamente en estos procesos por aguerridos defensores - , frente a la delincuencia de la calle y de subsistencia la justicia penal está informada únicamente por la finalidad de exclusión (p. 81/82).

<sup>69</sup> Obra citada, p. 83.

<sup>70</sup> Obra citada, p. 84.

Ferrajoli especifica que a defesa pública tem um caráter de direito fundamental e por isso é universal e tem por fundamento o interesse público, "cuya actuación, justamente porque se trata de un derecho fundamental, no puede ser confiada a las lógicas del mercado como si tratase de derecho patrimonial, sino que requiere estar garantizada por la esfera pública"<sup>71</sup>. Ademais, a natureza cognitiva do processo penal, antes que potestativa, exige a busca da verdade real, o que sempre vai depender da paridade entre as partes no exercício do contraditório, ofertando ao Estado-juiz a melhor solução para a aplicação da lei no caso concreto, o que significa materialmente focar em todos os recursos disponíveis para se afastar uma injustiça, que pode decorrer de uma pretensão punitiva. Para este fim, a defesa pública tem que ser dotada, conclui Ferrajoli "de poderes análogos a aquellos de la acusación pública"<sup>72</sup>.

No entanto, vivemos em um estado continuado de desrespeito institucionalizado, de perpetuação da desigualdade e de violação efetiva de princípios humanistas de natureza universal, embora, ao contrário, tudo seja formalmente assegurado (enunciado) por nossa Carta constitucional. O Estado é o responsável pelas portas de acesso à justiça penal, substancialmente em todos os seus segmentos (acusação/defesa/julgamento). Mas a prodigalidade que usufrui ao distribuir os seus recursos orçamentários para uns, ao marcar as suas prioridades no exercício de sua governabilidade, reforça para a defesa pública o caráter seletivo e direcionado que empresta discriminatoriamente ao direito penal. Com isso, eleva-se a desigualdade, mitiga-se o sistema garantista, exalta-se teleologicamente a forma e, por fim, conforma-se com a ideia de renúncia material da produção de justiça.

Acesso à justiça é a concretização da paridade, é a materialização do equilíbrio, é a manifestação do garantismo em sua maior essência, para que se possa construir uma saída democrática para o impasse existencial do conflito. O acesso à justiça viabiliza o resgate da proteção aos direitos fundamentais (ressaltando os seus valores), com a

---

<sup>71</sup> Obra citada, p. 85.

<sup>72</sup> Obra citada, p. 86. Em *Direito e Razão*, Ferrajoli leciona: A segunda condição concernente à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. Uma equiparação só é possível se ao lado do defensor de confiança é instituído um defensor público, isto é, um magistrado destinado a funcionar como Ministério Público de Defesa, antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação. A instituição dessa "magistratura" ou "tribuna de defesa" como uma ordem separada tanto da judicante como da postulação foi propostas por Filangieri, por Bentham, e depois Carrara e por Lucchini, sob pressuposto de que a tutela dos inocentes e a refutação das provas de culpabilidade integram funções de interesses não menos público de punição dos culpados e da colheita das provas a cargo da acusação (*Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 537).

consequente redução dos danos aos direitos humanos, além de oportunizar a minimização dos poderes punitivos (arbitrários e apenas legitimados pela forma). O acesso à justiça só pode ser efetivamente atingido com a realização plena do direito de defesa, o que implica substancialmente na completa institucionalização da agência de defesa pública, que só será alcançada quando da justa e proporcional distribuição dos recursos orçamentários do Estado.

Brasília, 07/05/2012.

### **Bibliografia:**

1. ANYAR DE CASTRO. Lola. Criminologia da libertação. Rio de Janeiro. Revan. 2005.
2. BARATA. Francesc. La violència y los mass media. Entre el saber criminologico y las teorías de la comunicación. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM - nº 29. 2000.
3. BARATTA. Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal. 3ª edição. Rio de Janeiro. Revan. 2002.
4. CAPELLETTI. Mauro e GARTH. Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
5. CARVALHO. Salo de. Antimanual de Criminologia. 4ª edição. Rio de Janeiro. 2011.
6. FENSTERSEIFER. Tiago. Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2008.
7. FERRAJOLI. Luigi. La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia. Ministerio Público de la Defensa Argentina. Buenos Aires. La Ley. 2008.
8. \_\_\_\_\_. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.
9. FOUCAULT. Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro. Edições Graal. 1979.
10. MORAIS DA ROSA. Alexandre. O papel do juiz garantista e a execução penal em tempos neoliberais: Eichmann e Big Brother. Crítica a execução penal. 2ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

11. PAVARINI. Maximo. PEREZ CARILLO. Agustín. TENORIO TAGLE. Fernando. Seguridad Frente a la Criminalidade y gobierno democrático de la ciudad. Seguridad pública: tres puntos de vista convergentes. México. Coyoacán. 2006.
12. SANTOS. Boaventura Souza. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo. Cortez. 1995.
13. ZACKSESKI. Cristina. Da prevenção penal à nova prevenção. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 29. São Paulo. IBCCRIM. 2000.
14. ZAFFARONI. Eugênio Raúl. Em busca da pena perdida. A perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro. Revan. 1991.
15. ZAFFARONI. Eugênio Raúl. BATISTA. Nilo. ALAGIA. Alejandro. SLOKAR. Alejandro. Direito Penal Brasileiro, 1º volume. Rio do Janeiro. Revan. 2003

## **Pesquisas**

1. BRASIL. XII Censo demográfico. Instituto Brasileiro de Estatística. Brasília. 2010
2. BRASIL. Censo penitenciário. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Dados Consolidados. Brasília. 2008.
3. BRASIL. Diagnóstico do ministério público dos estados. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2006
4. BRASIL. I Diagnóstico da defensoria pública no Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2003.
5. BRASIL. II Diagnóstico da defensoria pública no Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2006.
6. BRASIL. III Diagnóstico da defensoria pública no Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília. 2009.
7. BRASIL. Justiça em números. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. 2010.