

O PROCESSO PENAL, SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA – UM ESBOÇO

Maristela Cabral de Freitas Guimarães¹

Resumo

Reconhecidamente o ser humano deseja a felicidade. Seja qual for o sentido que lhe dê, justiça faz parte do repertório de construção ou alcance da felicidade - justiça percebida no cotidiano ou a justiça oferecida formalmente pelas instituições criadas e mantidas pela sociedade. O processo judicial pressupõe uma via de acesso à justiça adequando-se determinado conceito de justiça a uma concepção de mundo e humanidade. Tentativas de enquadramento filosófico vem sendo realizadas. Neste sentido, objetivando apresentar uma visão preliminar e provisória sobre o assunto, acreditou-se relevante abordar questões mais gerais sobre o processo, especificamente, o processo penal e teorias de alcance atual sobre a justiça e o acesso à justiça. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica, apontando e, vez ou outra, comparando pontos convergentes e divergentes entre autores diversos sem, contudo, analisá-las. Importante ressaltar que, para atender ao objetivo proposto, necessário se fez percorrer um estudo, ainda que breve, da constitucionalização do processo - o que se realizou logo no início da pesquisa. Buscou-se, também, introduzir-se na seara dos direitos humanos e não abandonar a ideia do direito como instrumento de busca de superação de crises. Ressentiu-se da ausência de Aristóteles, o estagirita, grande filósofo da Antiguidade e criador da Teoria da Justiça, embora presente indiretamente na formação das ideias dos autores estudados. Concluiu-se que o tema esboçado continuará a apresentar-se como uma questão aberta aguardando novos olhares à uma sociedade em movimento contínuo demonstrando-se expectativas de realização da justiça, efetivando-se, assim, as proposições jurídicas e filosóficas. Para alguns, o processo e o direito são a garantia do justo; outros, porém, discordam.

Palavras-chave: processo, constitucionalização, justiça, acesso à justiça

¹ GUIMARÃES, Maristela Cabral de Freitas, Mestre em Direito, Professora do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira. Juiz de Fora, MG, 2015.

Introdução

Há, nos dias atuais, uma necessidade de se fazer referências à Constituição² sempre que objetivar o estudo sobre o ordenamento jurídico, pois, na hierarquia das normas ela ocupa o topo e a ela devem ser confrontadas todas as leis.

Aliás, convém ressaltar, como nas palavras Luis Roberto Barroso, “as leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional”³. E, ainda, com o mesmo autor, “a constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que podem ter”⁴.

1 O Processo e a Constituição

Desde os primórdios da humanidade, quando se formavam os primeiros agrupamentos humanos com rudimentar organização, desenvolveu-se o direito como instrumento social.

Não conseguindo (ou não podendo) viver só, e, em contato com seus semelhantes, o homem criou o direito, pois, considerando que a convivência humana e pacífica só existe enquanto se restringe a liberdade⁵, surgiram

² No ensinamento de Marcelo Menaged: “A Constituição [...] representa o pacto social moderno. A sua origem está nas revoluções Francesa e Americana que, fundadas no liberalismo político e no Iluminismo, firmaram o ideal de que não deve o Homem governar o Homem, mas sim, o de que as leis dirigirem os homens possibilitando a cada uma das pessoas o pleno desenvolvimento. Com isso, verificou-se a queda da Monarquia, em que o Rei, déspota, determinava o que era certo ou errado em sociedade e dirigia conforme a sua vontade o destino dos seus semelhantes, para passarmos ao governo das leis, criando, pelo menos a princípio, uma ideia de igualdade entre todas as pessoas.” MENAGED, Marcelo. O acesso à ordem jurídica justa e o processo penal (breves comentários de uma visão direitos da personalidade o código de processo penal em conformidade com a Constituição de 1988). In QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 209.

³ Cf em BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. tomo III. P. 36.

⁴ Ibidem.

⁵ Sobre a liberdade, assim escreve um dos estudiosos do assunto e denominado filósofo da liberdade junto de Sartre, Kierkegaard, Merlau-Ponty: “O que então a liberdade? Nascer é ao mesmo tempo nascer do mundo e nascer no mundo. O mundo está já constituído, mas também não está nunca completamente constituído. Sob o primeiro aspecto, somos solicitados, sob o segundo, somos abertos a uma infinidade de possíveis. Mas esta análise

conflitos que precisavam ser pacificados para a sobrevivência da sociedade. Portanto, tornando-se inevitável os conflitos, surge o direito em função deles visando assegurar a existência do homem.

Desde a Antiguidade até o século XVIII, a civilização ocidental caminhou, num processo de avanço e retrocesso, marchas e contra marchas, e, aos poucos, chegou-se à ideia de lei, conquistou posições, firmou tratados, pactos e acordos. A partir daí o homem consegue instaurar e escrever direitos, deveres e garantias, consagrando os denominados direitos fundamentais que seria o ponto máximo de contenção do arbítrio governamental.

Poder-se-ia dizer, em outras palavras, que consagrou o Direito, escrito ou consuetudinário, conforme diferentes culturas (ou tradições). Por caminhos diversos, almejou-se e em parte consagrou-se a contemplação do poder, a igualdade perante a lei e a liberdade. No entanto, a história é surpreendente e apresenta situações imprevistas e inéditas: do século XX para o XXI, o homem experimenta mais uma crise, a de sua civilização – que não será objeto de estudo neste espaço – que, a hegemonia do neoliberalismo, o exacerbado individualismo exalta as forças do mercado como um fim em si mesmo.

Habermas⁶ sustenta que a positivação do Direito deve vir acompanhada da formação das expectativas de que a edição das normas jurídicas seja

ainda é abstrata, pois existimos sob os dois aspectos ao *mesmo tempo*. Portanto, nunca há determinismo e nunca há escolha absoluta, nunca sou coisa e nunca sou consciência nua. Em particular, mesmo nossas iniciativas, mesmo as situações que escolhemos, uma vez assumidas, nos conduzem como que por benevolência. A generalidade do “papel” e da situação vem em auxílio da decisão e, nesta troca, entre a situação e aquele que a assume, é impossível delimitar “parte da situação” e a “parte da liberdade”. Torturam um homem para fazê-lo falar. Se ele se recusa a dar os nomes e os endereços que querem arrancar-lhe, não é por uma decisão solitária e sem apoios; ele ainda se sente com seus camaradas e, engajado ainda na luta comum, está como que incapaz de falar; ou então, há meses ou anos, ele afrontou essa provocação em pensamento e apostou toda a sua vida nela; ou enfim, ultrapassando-a, ele quer provar aquilo que sempre pensou e disse da liberdade. Esses motivos não anulam a liberdade, mas pelo menos fazem com que ela não esteja sem escoras no ser. Finalmente, não é uma consciência nua que resiste à dor, mas o prisioneiro com seus camaradas ou com aqueles que ele ama e sob cujo olhar ele vive. [...] E sem dúvida é o indivíduo, em sua prisão, quem revivifica a cada dia esses fantasmas, eles lhe restituem a força que ele lhes deu, mas, reciprocamente, se ele se envolveu nesta ação, se ele ligou a estes camaradas ou aderiu a esta moral, é porque a situação histórica, os camaradas, o mundo ao seu redor lhe parecem esperar dele aquela conduta. Assim, poderemos continuar sem fim a análise. Escolhemos nosso mundo e o mundo nos escolhe.” Cf. MERLEU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 608-609.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 54.

fundamentada. Na suposição da aceitabilidade racional das normas, isto é, de que as normas foram elaboradas pelos que representam a sociedade legitimamente.

Na lição e palavras de Scarance Fernandes, “na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista.”⁷

Inicia-se assim, a proteção e garantia aos direitos fundamentais do homem. Nesse contexto há que se destacar:

- a) antecedentes das declarações: segundo Silva⁸ o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem caracteriza-se como “reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários”.
- b) Cartas e declarações: textos como a *Magna carta* (1215-1225), a *Petition os Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688) apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa e condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais.
- c) Declaração da Virgínia: no sentido moderno, a Declaração do Bom Povo da Virgínia foi a primeira declaração de direitos fundamentais e baseou-se nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, versadas especialmente nos escritos de Jefferson e Adams. A Declaração se preocupou com a estrutura de um governo democrático com sistema de limitação de poderes⁹.

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1992. p.137.

⁹ Destaca-se o trecho da Declaração de Independência de Thomas Jefferson: “Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram

Outras declarações são, ainda, fundamentais: a Declaração dos Direitos Universais do Homem, produzida na Assembléia das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 10 de novembro de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – a XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992; a Convenção dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.¹⁰

Todas as Constituições trazem disposições destinadas a fixar os fundamentos das garantias processuais. Por exemplo, no ordenamento nacional, uma das características importantes da Constituição de 1988 é a previsão de direitos e garantias individuais contra a ingerência punitivo-arbitrária do Estado e, por outro lado, estabelece limites à atuação da justiça Criminal frente aos direitos fundamentais do acusado ou investigado no processo penal.

No ordenamento pátrio, desde o Império, as Constituições contemplaram normas de garantia individual. A Constituição Federal editada em 1988, no art. 5º, apresenta extenso rol de regras que se destinam a assegurar direitos individuais e coletivos; ainda, garantias que informam todo o sistema jurídico brasileiro.

Vários princípios constitucionais vinculam o processo (civil e penal) à Constituição.

dotados pelo criador por certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade". Cf. JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. Trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964. p. 4. Citado por SILVA. Op. cit. p. 142.

¹⁰ Sobre todo o assunto, cf. em FERNANDES, op. cit. p. 14. Ainda, segundo o autor, "oportuno destacar outros pactos e tratados internacionais menos abrangentes e que também visam à proteção dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre os Direitos da Criança." Ibidem.

A relação com o direito judiciário penal encontra-se expressa, principalmente, no art. 5º, III, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII da Constituição República Federativa do Brasil; dispositivo que protege a liberdade individual contra abusos de poder, a prisão ou detenção ilegal, regula o *habeas corpus*, assegura aos acusados a ampla defesa e faz contraditória criminal.

Além disso, a Constituição Federal dispõe sobre as bases de organização do Poder Judiciário, institui o recurso extraordinário, seu cabimento e julgamento bem como inflama o processo de garantias constitucionais. Grinover afirma que

a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça em garantia da liberdade.¹¹

Em razão dos laços íntimos entre Constituição e processo, surgiu a disciplina Direito Processual Constitucional, como sendo, nas palavras de Cintra Grinover e Dinamarco, a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”. Abrange, “de um lado (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.” À “tutela constitucional do processo correspondem as normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias”, e a “jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades com o uso dos remédios constitucionais- processuais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular.” No tocante à tutela constitucional do processo, é examinada, ‘em sua

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 14-15. No mesmo sentido, nas palavras de Figueiredo Dias, as normas constitucionais “deixaram de ser vistas como princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formada pelo processo constitucionalmente previsto”. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v1. p. 75. Continua o autor, “tende por quase toda a parte a ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do núcleo essencial daquele direito”. Idem. p. 79.

dúplice configuração: direito de acesso à justiça (ou direito de ação e defesa); direito ao processo (ou garantias do devido processo legal”¹².

2. O processo como instrumento de acesso à justiça

2.1. Apresentação

Nos últimos tempos acelera-se a preocupação com os sistemas jurídicos conhecidos em todo o mundo. Cada vez mais, críticas são apresentadas e a mais inquietante indagação que surge é a respeito do funcionamento desses sistemas: a que preço e em benefício de quem eles servem.

Em busca da resposta/solução unem-se as diversas áreas das Ciências Sociais, como pode ser verificado ao analisar as estruturas curriculares das faculdades de Direito (que estão abrindo espaço para as disciplinas de cunho reflexivo), bem como os temas constantes de seminários, cursos e palestras. Assuntos como defensoria pública, processo, juizados especiais estão presentes na agenda de todos que se preocupam com o Judiciário brasileiro, pregando cooperação entre os diversos segmentos.

Deve-se recordar que, desde a Revolução Industrial, assiste-se à revolução na sociedade no sentido de grande transformação, marcando o nascimento de novos problemas sociais, novos atores sociais e, conseqüentemente novos direitos. Com os direitos, surge a necessidade da tutela através de mecanismos processuais próprios, prontos a garantir o pleno acesso à justiça e à efetiva prestação jurisdicional.

Até recentemente compreendia-se por acesso à justiça, o acesso aos tribunais. O advento da Constituição Federal de 1988, dentre outras, no seu preâmbulo estabeleceu a instituição do Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos e elegeu a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que se pretende fraterna, pluralista, além de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional. Por isso, por acesso à justiça não se deve mais entender apenas a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas significa proporcionar a todos o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e obter o resultado previsto constitucionalmente.

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 79.

A simples enunciação do princípio da garantia da via judiciária, porém, não mais satisfaz. Pois, tamanhas são as dificuldades enfrentadas para a obtenção da prestação jurisdicional que poucos a conseguem (especialmente no Brasil).

São muitos desafios a serem enfrentados na luta pelo acesso à justiça. Porém, surgiram projetos que se destinam a apresentar meios de enfrentá-la com expectativa de êxitos, com ênfase a um direito que rompa ou se distancie do tradicional papel e esteja apto a atender à nova necessidade, o que vem acontecendo não só no Brasil, como também na doutrina alienígena.

Em primeiro lugar, torna-se necessário fazer uma abordagem, ainda que breve, sobre o conceito teórico de acesso à justiça porque a ideia de acesso à justiça tem sido transformada, não se limitando mais ao mero acesso aos tribunais¹³ sendo necessário viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

2.2 Definição e evolução do conceito

Na lição de Cappelletti, a expressão “acesso à justiça”

É reconhecidamente difícil, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.¹⁴

Ainda para Cappelletti, o conceito de acesso à justiça tem sofrido transformações. O autor lembra que a concepção de promoção individual passa a ser alterado com o advento dos chamados direitos humanos, a partir dos quais o acesso à justiça ganha uma nova roupagem. Segundo o autor, o direito de acesso efetivo tem sido, progressivamente, reconhecido como sendo de capital importância entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. “O acesso à justiça pode ser encarado

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 31

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, (colab.). **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

como requerimento fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.¹⁵

Assim, acesso à justiça pode ser entendido como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir o direito de todos, ainda com o autor.

Por fim, no ensinamento de Cappelletti:

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹⁶

2.3 Acesso à justiça e administração da justiça

Para realizar o fim de fazer valer o acesso à justiça à ordem jurídica justa, deve-se pensar na mudança de perspectiva que hoje prevalece - de que o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos.

Além disso, é necessário, também, ajustar o direito substancial à realidade social passando por uma interpretação de modo a evitar injustiça. Como acentua Kazuo Watanabe, a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, seria melhor dificultar o acesso à justiça, evitando o cometimento de dupla injustiça.¹⁷

Assim, como quem administra a justiça é o Estado, inicia-se no presente o movimento de transformação de suas instituições, bem como, vem-se

¹⁵ Idem. p. 11.

¹⁶ Idem. p. 13. No mesmo sentido, Grinover, Dinamarco e Watanabe afirmam: “A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à *ordem jurídica justa*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

¹⁷ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In Participação e processo. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

inserindo paulatinamente um quadro participativo de um contingente acentuado de pessoas. A participação popular na administração da justiça e a participação popular mediante a justiça são, segundo Ada Pellegrini Grinover, as duas facetas pelas quais se concretiza no processo a moderna democracia participativa.¹⁸ Segundo a autora, a participação no próprio exercício da jurisdição, representa instrumento de garantia, de controle e de transformação, respondendo à exigência de legitimação democrática do exercício da jurisdição e a instâncias prementes de educação cívica. Continuando, a autora preceitua que a participação mediante a justiça significa a própria utilização do instrumento do processo como veículo da participação democrática; a questão do acesso à ordem jurídica justa, no plano processual, se insere no quadro da democracia participativa, por intermédio da participação popular pelo processo.¹⁹

Participa do pensamento supramencionado, aliás, percebe-se até mesmo ser a fonte de influência aos demais estudiosos, Mauro Cappelletti que narra a evolução do conceito teórico da justiça, fazendo uma equivalência com a mudança no ensino e no estudo do processo civil.²⁰

Os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis, nos séculos XVIII e XIX, refletiam a filosofia individualista dos direitos. Direito ao acesso à proteção judicial significava o direito formal do indivíduo que sofreu o agravo ou contestar a ação. A teoria era a de que os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado e a sua proteção significava apenas a não violação por outro que seria assegurada pelo Estado. Com relação a problemas como exemplo, a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los na prática, o Estado não se manifesta, permanecendo passivo. Não se preocupava o Estado em afastar a pobreza do sentido legal. No sistema do

¹⁸ GRINOVER. Ob. cit, p. 32.

¹⁹ Ob. cit. p.33

²⁰ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

laissez-faire, a justiça só podia ser obtida por quem pudesse pagar. O acesso formal correspondia à igualdade formal, mas não efetivo.²¹

Como já referido até bem pouco tempo, a maioria dos estudos jurídicos manteve insensível às realidades do sistema judiciário. O estudo era formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação, como dito alhures, era de mera exegese ou construção abstrata de sistema, e seu método consistia apenas em julgar as normas de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. Os estudiosos do direito também se encontravam afastados das preocupações reais da população.

Na medida em que foram crescendo as sociedades, o conceito de direitos humanos começou a passar por transformações: as ações e relacionamentos foram assumindo caráter coletivo e reconheceram-se direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos; como por exemplo, o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 reconhece os novos direitos humanos tornando-os acessíveis; entre esses direitos, as modernas constituições garantem os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material, à educação, tornando os indivíduos portadores de novos direitos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e cidadãos. O direito ao acesso à justiça efetivo tem sido importante entre os novos direitos sociais e individuais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. Acesso à justiça, portanto, é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantias.²²

Assim, reconhecendo as transformações no acesso à justiça, há que se voltar para o reconhecimento de que as técnicas processuais devem servir também a funções sociais; que não sejam consideradas como única forma de solução de conflitos os tribunais; que qualquer regulamentação processual tem efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva. Os processualistas precisam ampliar sua pesquisa além das decisões nas cortes e

²¹ Ob. cit.

²² CAPPELLETTI; GARTH. Ob. cit., pp. 9-12.

utilizar métodos da sociologia, da política, da psicologia e da economia, expondo o impacto dos vários mecanismos de processamento de litígios.²³

2.4 Acesso à justiça na ordem dos direitos humanos

Correndo o risco da escassez no estudo e apresentação dos direitos humanos, acredita-se ser importante a abordagem neste contexto, por ser fonte inesgotável de estudo e tema vinculado ao acesso à justiça.

Chamam-se direitos humanos, na lição de Alexandre Freitas Câmara, “as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria”.²⁴

Segundo o autor, são de duas ordens os princípios fundamentais do sistema de direitos humanos: axiológicos (correspondem à liberdade, igualdade, fraternidade); estruturais, que se bifurcam em duas espécies: a irrevogabilidade e a complementariedade solidária.²⁵

Considera-se importante, também, o ensinamento de Comparato. Após apresentar as etapas de elaboração do conceito de pessoa, o autor observa que, no quadro do evolucionismo, o homem é o único animal que evolui não apenas no plano biológico, mas também no âmbito cultural; ele é capaz de interferir sobre a evolução biológica de todas as espécies vivas, inclusive a sua. Como consequência, no entendimento do autor, tem-se que o conceito de pessoa, fazendo distinção entre pessoa e personagem (mera exterioridade), vai além da qualificação pessoal, pois, “cada qual possui identidade singular, inconfundível com a de outra qualquer”²⁶.

Comparato ainda ensina que:

O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo o indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte. O homicídio voluntário do criminoso pelo Estado,

²³ Ob. cit., p.13.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O acesso à justiça no plano dos direitos humanos. p.1. In QUEIROZ, Raphael Augusto de. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

²⁵ Idem. p. 2-3.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27.

ainda que ao cabo de um processo judicial regular, é sempre um ato eticamente injustificável, e a consciência jurídica contemporânea tende a considerá-lo como tal.²⁷

Como visto em outro item, a Declaração Universal dos Direitos Humanos concentrou a elaboração teórica ao proclamar em seu artigo VI que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.”

No entanto, mesmo com tal prescrição, as questões problemáticas ético-jurídicas não foram eliminadas. Percebe-se o contrário: com a evolução tecnológica a sociedade, criam-se novos e imprevisíveis problemas. Se todo homem tem direito de ser reconhecido como pessoa, algumas perguntas referentes à sua existência poderiam ser formuladas; como por exemplo, sobre o momento preciso em que deve ser reconhecida a existência de um homem: se a partir da concepção ou em outro momento, depois de pouco tempo da concepção ou do nascimento ou após longo tempo. São perguntas que interessam, mas a busca pelas respostas possíveis não pode ser aqui prosseguida, pois foge ao propósito deste estudo.²⁸

Mas, retomando a abordagem sobre acesso à justiça e direitos humanos, depois dos breves comentários, dir-se-ia que o direito de acesso à justiça está entre os direitos humanos reconhecidos por diversas declarações nacionais e internacionais. E, falar em acesso à justiça é falar sobre “acesso à ordem jurídica justa”, como expressam Watanabe e outros²⁹. Os autores, neste sentido, propõem interpretação e aplicação do direito substancial³⁰ de modo correto, ajustado à realidade social³¹.

²⁷ Idem. p. 31.

²⁸ Neste sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe, no artigo 4º, 1º: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção”.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

³⁰ Consiste no sistema de princípios e leis que regulamenta o exercício da jurisdição quanto às lides de natureza civil, como tais entendidas todas as lides que não são de natureza penal e as que não entram na órbita das jurisdições especiais. In MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 458, 8 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5718>>. Acesso em: 09 jan. 2001.

³¹ Ibidem.

Desse modo, só haveria pleno acesso à justiça quando fosse possível a toda a sociedade alcançar uma situação de justiça. Nesta senda do conhecimento prolongar-se-ia também, uma vez que a definição de justiça é diversa, adotando-se cada estudioso, uma que lhe afigure melhor.

2.4.1 Teoria da justiça em John Rawls

Apenas como exemplo, apresentar-se-á uma das teorias da justiça aceitas: a teoria de justiça de John Rawls – é uma das mais importantes desenvolvidas no século XX. Pretende Rawls “elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa para essas doutrinas que há muito tempo domina a nossa tradição filosófica”³², a utilitária e a intuicionista.

A sociedade é vista por Rawls, como uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que, em suas relações, reconhecem a existência de regras de condutas como obrigatórias, as quais, na maioria das vezes, são cumpridas e obedecidas, especificando um sistema de cooperação social para realizar o bem comum.

Nesse contexto, surgem tanto identidade de interesses como conflitos de interesses entre as pessoas, pois, estas podem acordar ou discordar pelos mais variados motivos, quanto às formas de repartição dos benefícios e dos ônus gerados no convívio social. É precisamente aí que desempenha seu papel os princípios da justiça social. Nas palavras de Rawls:

Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.³³

Para Rawls, são dois os princípios da justiça social:

³² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.3.

³³ RAWLS. Op. cit. p. 5.

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todas dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.³⁴

Tais princípios, segundo Rawls, aplicam-se à estrutura básica da sociedade, presidem à atribuição de direitos e deveres e regem as vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social.

Rawls observa ainda que os dois princípios são um caso especial de uma concepção mais geral da justiça assim expressa:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as base sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.³⁵

Vê-se, pois, que os princípios de justiça social têm um nítido caráter “substancial”, e não meramente “formal”, na teoria de Rawls. Logo no início de sua obra, ele é bem claro quando sustenta que o que o preocupa é a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais às pessoas, assim como a existência real da igualdade de oportunidades econômicas e de condições sociais nos diversos segmentos da sociedade.

Assim, o objeto primário da justiça, para Rawls, “é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”³⁶

Segundo Rawls, os princípios de justiça social, que regulam a escolha de uma constituição política, devem ser aplicados em primeiro lugar às profundas e difusas desigualdades sociais, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

Em suma, para Rawls, a concepção de justiça apresentada na sua obra consiste na “justiça como equidade” (*justice as fairness*), significando que é uma justiça estabelecida numa posição inicial de perfeita equidade entre as

³⁴ Idem. Op. cit. p. 64.

³⁵ RAWLS. Op. cit. p. 66.

³⁶ Idem. p. 8

peçoas, e cujas ideias e objetivos centrais constituem uma concepção para uma democracia constitucional.

Assevera Rawls:

Minha esperança é a de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande gama de orientações políticas ponderadas, e, portanto, expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática.³⁷

3 O devido processo legal e o devido processo penal

3.1 Esboço histórico e conceito

Esse princípio – o do devido processo legal – originou-se na Magna Carta de 1215, referindo-se inicialmente que ninguém pode ser processado “senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do País”. A *Law of the Land*, era a expressão que equivalia ao devido processo legal.

A expressão *due processo of law* foi introduzida pela 5ª Emenda à Constituição Americana de 1787, em que se estabelecia que “nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal”. Nos anos de 60 do século XX, a Suprema Corte Americana, durante o período do *Chief Justice* Earl Warren, desenvolveu jurisprudência de proteção aos direitos garantidos no *Bill of Rights*, isto porque, em 1868, a 14ª Emenda vinculou os Estados da Federação à cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional Americano. A Suprema Corte passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra a ação arbitrária³⁸.

Considerando que o processo é um fenômeno, e que ele atinge os mais fundamentais direitos humanos, é necessário que se dê atenção ao fenômeno e, também, que se volte para o estudo das garantias constitucionais, neste caso, particularmente, a que se refere ao princípio do “devido processo legal”. É no âmbito do processo, como já salientado, que se encontra o *loco* em que se discute a questão da verdade adentrando no-se no direito-garantia do

³⁷ RAWLS, John. Op. cit. , p. XII e XIV. (prefácio à edição brasileira).

³⁸ BRINDEIRO, Geraldo. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 425-426.

devido processo legal. Para que se levantem fatos esclarecedores da verdade, há necessidade de ouvir o que todos os envolvidos desejam expor ou apresentar para a justificativa das alegações.

O devido processo legal implica o direito de ambas as partes poderem ser ouvidas: *auditur et altera pars*. Pode-se arrolar como corolário deste princípio: a) um sistema adequado de notificações; b) tempo suficiente para a preparação das defesas respectivas; c) direito à prova e à contestação; d) direito a impugnação ou recursos nos limites estabelecidos pela lei que deverá prevenir abusos e excessos.

Porém, segundo Mauro Cappelletti, “uma concepção moderna deste princípio vai muito mais além” e, também como dito alhures, o autor afirma que o processo “tornou-se arena deste discurso” – quanto à distinção entre igualdade real ou material entre as partes – “porque nele não há que se travar a luta por um direito efetivo e não apenas aparente”³⁹.

O devido processo legal, no Brasil, foi expresso pela primeira vez na Constituição de 1988, no art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nos incisos LV e LVI, também há referência que abarca o conceito do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e invalidade das provas conseguidas ilicitamente.

Brindeiro leciona que pela 14ª emenda da Constituição americana, “nenhum Estado deve, no âmbito da sua jurisdição, privar as pessoas da sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa na sua jurisdição igual proteção das leis”. O autor chama a atenção para a inclusão da palavra vida que, no caso brasileiro, não está introduzida no conceito de devido processo legal na Constituição brasileira, visto que sua garantia é cláusula pétrea, descartando, inclusive, a possibilidade de pena de morte⁴⁰.

A finalidade precípua do devido processo legal e o desenvolvimento de teorias e doutrina é enfrentar os excessos do direito-poder de punir do Estado, bem como do poder de tributar. Resulta daí decisões jurisprudenciais em

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *In* MARIONI, Luiz Guilherme (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 14.

⁴⁰ BRINDEIRO. *Ob Cit.* p. 427.

grande quantidade tanto no Brasil, quanto na Suprema Corte americana assegurando o devido processo legal, tanto o *procedural* como o *substantive due process*.

Ainda Brindeiro cita um caso no campo do direito tributário em que houve uma discussão no Supremo Tribunal Federal e o Ministro Sepúlveda Pertence era o relator e se discutiu, na ocasião, uma matéria que já tinha sido objeto de ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal decidiu que não havia necessidade de depender a ação penal proposta pelo Ministério Público de uma representação fiscal para fins criminais. O autor concorda com a decisão, pois considera que a Constituição também assegura o devido processo legal no procedimento administrativo na hipótese de haver recursos e que se comprovasse a hipótese em que não houve incidência e nem o tributo.

Outro caso citado pelo mesmo autor em matéria de jurisprudência da Suprema Corte Americana é o caso *Gideon*⁴¹ que se referia ao *right of counsel*, o direito à defesa, à defesa técnica por um advogado e a decisão marcou o momento da ampla defesa junto ao judiciário⁴².

⁴¹ Caso Gideon no qual se discutia a necessidade de assistência de advogado quando o crime imputado não fosse punível com a pena capital, conforme previa as leis do estado da Flórida. O caso foi o seguinte: Clarence Earl Gideon, um cidadão norte-americano que fora condenado, sem contar com a assistência de advogado, a cinco anos de prisão por ter invadido um domicílio para roubar, crime considerado grave, porém, não sujeito à pena de morte. Gideon recorreu da sentença ao Tribunal da Flórida, inclusive requerendo que lhe fosse dado advogado, por ser juridicamente pobre, invocando sua condição de indigente. A Corte da Flórida negou-lhe o pleito quanto ao advogado dativo, argumentando que, na Flórida, só aos acusados de crime sujeitos à pena capital era possível tal designação pelo Tribunal. Inconformado, Gideon fez sua própria defesa, sempre insistindo que a condenação de um réu sem advogado colidia com a Constituição e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*). O réu pesquisou incessantemente na biblioteca da penitenciária e preparou um recurso (*certiorari*) perante a Suprema Corte dos Estados Unidos. A Suprema Corte, então sob a presidência do juiz Earl Warren, admitiu os intervenientes, na condição de *amicus curiae*, e anulou o julgamento de Gideon. Ademais o *chief-justice* Warren nomeou para a defesa de Gideon o advogado Abe Fortas, que, mais tarde, viria integrar a Suprema Corte. O resultado mais importante é que, a partir do caso de Gideon, foi firmado o entendimento de que a assistência de um advogado é um direito fundamental de todo e qualquer acusado. Resultaram do caso: um livro, *Gideons Trumpet*, de autoria de Anthony Lewis, professor de direito e jornalista, e um filme com o mesmo título, dirigido por Robert Collins. Obviamente, embora a coincidência do nome da obra que deixa um certo roteiro bíblico, “as trombetas de Gideão” nada têm a ver com as de Jericó, e o Gideon (Gideão), tampouco, com o personagem do Livro dos Juízes, 5, 10-27 e 6, 11. 25. 35-36.

⁴² Conferir BRINDEIRO . Ob. Cit. p. 428.

Com as garantias do devido processo legal, assim, entende-se o conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de seus poderes processuais, servindo aos seus interesses como direitos públicos subjetivos das garantias e configurando a salvaguarda do próprio processo considerado fator legítimo do exercício da jurisdição.

É importante observar que, nas palavras de Cintra e outros:

Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional⁴³.

3.2 O processo penal justo: questão de ética

Ao Estado cumpre zelar pelas liberdades públicas ao reconhecer os direitos humanos através do direito positivo. Entre os direitos fundamentais destaca-se a liberdade, lembrando-se que o conceito de liberdade é amplo e não absoluto⁴⁴, além de possuir uma construção histórica que distingue o sentido filosófico do jurídico.

Como ensina Suannes

A liberdade, ainda que focada apenas sob a ótica jurídica, será sempre um vir a ser. É um processo contínuo de metas alcançadas e metas a alcançar, donde dizer a doutrina que os direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade, podem ser denominados “liberdade públicas” no sentido de significarem a relação de cada ser humano com o Estado e seu poder.⁴⁵

⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: 1995. p. 84.

⁴⁴ Quando se pergunta o que é liberdade? várias respostas serão encontradas com diversas tentativas do homem que sempre se preocupou com o mundo que não cessa. Não obstante a diversidade e dificuldade de encontrar um conceito definitivo, recorrer-se-á às palavras de Nogueira que entende que liberdade “é a fruição do ser livre até onde o direito possa assegurar. O binômio integra, em última análise, o direito da liberdade assim entendido, o de exercer, no conjunto das relações sociais, de agir nos limites próprios e dos outros. A liberdade – diferentemente do que se diz – não termina nos limites do outro. Ela convive com o outro e se multiplica, somando-se ‘ao outro’ e ao ‘coletivo’. A liberdade é ter o direito de ser livre ‘dos outros’”.

⁴⁵ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

Assim, falar em direitos humanos é falar em liberdade; e falar em liberdade é falar em processo penal. De outra forma, como escreve Suannes “falar no direito do ser humano à liberdade é falar do direito do Estado de limitá-la ou mesmo restringi-la drasticamente, em nome de interesses difusos que se ocultam na vaga expressão “interesse público”⁴⁶.

Sabe-se, de antemão, que o direito evolui na história e, conseqüentemente o processo penal. A evolução representa os valores preponderantes em determinado momento histórico: políticas e ideologias diferentes ocasionam tratamentos diversos aos institutos processuais na evolução histórica (temporal e espacial).

Dias, ao abordar processo penal, acentua que “tem o direito processual penal na sua base o problema fulcral das relações entre o Estado e a pessoa individual e da posição desta na comunidade”. A seguir, o autor analisa o “modo como as orientações políticas típicas, historicamente afirmadas, influíram na estrutura e caracterização do processo penal”. Para o autor:⁴⁷

a) Numa concepção autoritária do Estado, o processo penal é então dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas nenhuma consideração autônoma e, ligado a uma liberdade inteiramente discricionária do julgador (embora exercida sempre em favor do poder oficial), constitui o único vector processualmente relevante. O argüido, por seu turno, é visto não como sujeito co-actuante no processo, mas como mero objeto de inquisição, como algo que é afeito ao processo, mas que nele não participa ativamente;

b) No Estado liberal, no centro da consideração está agora o indivíduo autónomo, dotado com os seus direitos naturais originários e inalienáveis. Do que se trata no processo penal é de uma oposição de interesse (portanto de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas de sua liberdade. Por seu lado, a lide, para que seja ‘fair’, supõe a utilização de armas e a disponibilidade, pelos contendores, de meios tanto quanto possíveis iguais; por isso o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado; antes tem de surgir como verdadeiro sujeito de processo, armado com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais.

c) No Estado-de-direito social, a relação comunidade-pessoa individual não é aqui nem a do absolutismo nem a do liberalismo; onde no processo penal desempenhar-se-á, antes de tudo, uma função comunitária, será ele próprio uma parte da ordenação comunitária. No processo penal se trata primariamente de um

⁴⁶ Idem. p. 147.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v1. p. 58-59.

assunto da comunidade jurídica, em nome e no interesse do qual se tem de esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso.

Do exposto, Scarance conclui que “o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país”.⁴⁸

Interessante a lembrança de Suannes⁴⁹:

Como se conclui de sua origem, o processo penal, como sistema de regras de procedimento a serem observadas em face da ocorrência da conduta individual caracterizada como crime, não teve em um primeiro momento, [...], qualquer escopo garantístico. Ainda que na aparência ele pretendesse dar alguma oportunidade ao acusado, a que se convir que a submissão de alguém a disputas onde a vitória não se devesse à demonstração da melhor razão mas aos caprichos divinos, ou a juramentos cuja ambigüidade era manifesta, nada mais era do que o meio e modo de buscar-se a “verdade”. Os meios eticamente discutíveis eram justificados pela finalidade pretensamente nobre. Ironicamente esse método aperfeiçoou-se com o direito canônico, deslembrosos seus aplicadores de que um acusado que lhes era tão caro provocara a perplexidade de seu julgador *quid est veritas*⁵⁰?

Nos dias atuais, a busca da verdade real a todo custo é eticamente inaceitável, rejeitando-se provas ilegítimas e ilícitas, passando-se à busca da verdade no processo formal. O julgador, aí, não é mais a divindade ou o inquisidor medieval que condenava o pecador à fogueira. Aliás, não é sem motivo que a denominação do local em que condenados ao cumprimento de penas severas, é penitenciária, onde deverão cumpri-las (denotando a origem da atuação do juiz criminal – penitência).

O juiz criminal moderno é alguém empenhado na regularidade do processo, conhecedor do *in dubio pro reu* – na ausência de razoável certeza

⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 16.

⁴⁹ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 147

⁵⁰ Evangelho narrado por João, 18, 37-38, Bíblia de Jerusalém, tradução do texto em língua portuguesa diretamente dos originais. Edições Paulinas. “Pilatos lhe disse: ‘Então, tu és rei?’ Respondeu Jesus: ‘Tu o dizes: eu sou rei. Para isso nasci e para isso vim ao mundo: para dar testemunho da verdade. Quem é da verdade escuta a minha voz’. Disse-lhe Pilatos: ‘Que é a verdade’? [...]”

sobre autoria do crime, a decisão mais adequada às limitações humanas é a absolvição do indiciado.

Neste sentido, leciona Suannes:

Não mais a procura da verdade a qualquer preço mas a superação da dúvida, a ser promovida pela observância de regras éticas de comportamento não apenas por parte do acusado mas, mui especialmente, por parte do encarregado pelo Estado de julgar o acusado.⁵¹

Acrescente-se ainda, que, para manter longe os levianos, o ingresso de alguém em juízo há de ser fundamentado nas suas alegações provadas. Como ensina Amaral Santos, “ao ingressar em juízo com a ação, o autor se encontra ante a necessidade de ter que enfrentar a contestação do réu e, por isso, já se habilitou, ou deve ter-se habilitado, convenientemente, com os meios de prova capazes de corroborar as suas afirmações contidas na inicial”.⁵²

Como já abordado, o devido processo legal, aspecto garantístico na Constituição Federal, é conquista documentada universalmente como assegura Tucci⁵³:

Denominado direito ao processo, ou, mais precisamente, direito à tutela jurisdicional do Estado, tendo definido, sucessivamente, nas mais importantes declarações de direitos humanos (a saber): Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 10.12.1948, art. 10; Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita no dia 04.11.1950, art. 6º, n. 1; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16.12.1966, art. 14, n. 1; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22.11.1969, art. 8º, n. 1⁵⁴; e encontra-se, na esteira de

⁵¹ SUANNES. Op. cit. p.148.

⁵² Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. **Da prova judiciária no cível e no comercial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1955, p.129. tomo I.

⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 17.

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 10.12.1948, art. 10: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.”; Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita no dia 04.11.1950, art. 6º, n. 1: “Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulado contra ela ...”; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16.12.1966, art. 14, n. 1; Convenção Americana

anteriores, reestabelecida no art. 5º, XXXV, da vigente Carta Magna de nossa República Federativa”.

O tema em pauta traz no título a palavra ética. No seu desenvolvimento, apreciou-se a questão do processo penal e, rapidamente, o comportamento das partes e do juiz em relação à busca da verdade no processo formal. Assunto apaixonante para os estudiosos, mas deveras complexo e difícil não sendo possível sua ampla abordagem nestas páginas, é “ética”. Na literatura, tentando-se encontrar uma obra de perfeita sintonia com o tema, deparou-se com um texto que se mostra, não apenas adequado, mas de uma afinidade e exatidão com a questão da ética, direitos humanos e processo, que sugere sua leitura para complementação e compreensão deste estudo. Trata-se do texto de Adauto Suannes, “Ética, religião e direito”.⁵⁵

Sinteticamente, apresentar-se-ão trechos do texto supramencionado, tornando-o mais convidativo à leitura.

Não é difícil imaginar, pois, que o homem, ao tomar consciência de si – a linguagem religiosa geralmente alude a isso simbolicamente, como ao referir-se ao despertar de um sonho, tal qual se dá no Gênesis, quando ali se descreve o aparecimento da mulher diante do homem após um “sono profundo”, até porque é nas visões oníricas que o homem se aprofunda no conhecimento de si mesmo, de seus frios porões e sótãos sombrios – e verificar ser ele um ser finito, necessitou de superar a angústia que tal fato lhe trouxe.⁵⁶

Ao buscar o resgate de sua história, escavando as fontes de sua origem e tentando descobrir o sentido da vida, contudo, o homem não poucas vezes age como selvagem que admira o sol que não mais está ali.⁵⁷

Em sua passagem por entre os homens, Jesus nem sempre usava [...] o discurso direto. Preferia as parábolas, os símbolos verbais como forma de perenizar suas mensagens. Ele mesmo disse: “se falo em parábolas é porque olhando, não percebem, e, ouvindo, não escutam nem compreendem”. Ou seja, a verdade escondida necessita de algo mais que o simples ver e ouvir.⁵⁸

sobre Direitos Humanos, assinada em 22.11.1969, art. 8º, n. 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela ...”.

⁵⁵ SUANNES. Op. cit. p. 39 – 69.

⁵⁶ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

⁵⁷ Idem. p. 51.

⁵⁸ Idem. p. 52.

[...] De outra parte, é de sabença corriqueira que a vida ética é uma só, porque uma só, até comprovação em contrário, é a vida, donde dizer-se que as regras jurídicas constituem o mínimo ético exigível. Miguel Reale, mesmo reconhecendo que o Estado não poucas vezes vê-se na contingência de eleger como objeto das normas que edita alguns princípios que seriam indiferentes à Moral ou mesmo contrários a princípios desta, pondera que isso deve ser sempre encarado como exceção, para que “a abstração não nos leve ao ponto de esquecer a unidade fundamental da vida ética”, pois o Direito e a Moral se distinguem mas não se separam. Ainda que os preceitos da ética e os da lei nem sempre coincidam, “ambas estão a serviço da mesma pessoa humana. Portanto, não podem ser contraditórias, nem se tornar empecilho para o ser humano. Ambas tendem à plena humanização da pessoa e da sociedade”.⁵⁹

A ideia de um conjunto de normas jurídicas sem compromisso ético algum não parece sustentável como supedâneo de uma sociedade com vistas ao aperfeiçoamento humano, que é, de certo modo, aquilo que toda sociedade juridicamente organizada pretende. É próprio da religião, qualquer delas, da Moral e do Direito isso que parece algo tão difícil: ensinar ao ser humano usufruir da felicidade. É o que está posto, entre nós, de certa forma, no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.⁶⁰

Acredita-se que foram suficientes os trechos para realçar a importância da ética e do pensamento do autor.

E, finalmente, não se pode encerrar esse item sem delinear alguns conceitos/definições da palavra “ética”. Em pesquisa nos dicionários encontra-se em Silva “Derivado do grego *ethicòs*, é definida como a *ciência da moral*. [...]”.⁶¹

Para Nunes, “Parte da filosofia que trata da moral e dos costumes humanos, ou de dever-ser. Modo de proceder ou de comportar-se do indivíduo, consentâneo com os princípios deontológicos, dentro do grupo social ou de classe, a que pertence [...]”.⁶²

Questiona-se se apenas tais conceitos são suficientes. Pela a observação de tudo que ocorre ao homem e ao planeta terra, pode-se concluir que não. Buscando-se um pouco mais sobre o assunto, além do vocábulo, decidiu-se por introduzir, a título de exemplo e apenas noções preliminares,

⁵⁹ Idem. p.60-61.

⁶⁰ Idem p. 67.

⁶¹ ÉTICA. In SILVA. Op. cit. p. 223.

⁶² ÉTICA .In NUNES. Op. cit p. 428.

algumas diretrizes (ou doutrinas) éticas na perspectiva filosófica. Pelo menos, as mais utilizadas pelos estudiosos: da Antiguidade clássica até os tempos modernos, visto que, repercutem no comportamento do homem contemporâneo.

Principiando com Sócrates – o homem mais sábio da Grécia considerado pelo oráculo de Delfos – se expressa no lema “conhece-te a ti mesmo”.

Platão, com o idealismo: busca teórica e prática da ideia do Bem, da qual as realidades mundanas participariam de alguma forma (maneira).

Para Aristóteles (racionalista) toda ação do homem que é livre, tem como finalidade o bem supremo do homem: a felicidade. Esta, para ele, consiste na atividade da alma de acordo com a virtude.

Os estoicos (Zenon, Sêneca e Marco Aurélio) apresentam a máxima “nada te inquiete, nada te perturbe”. A vida feliz é a vida virtuosa que é viver conforme a natureza, vivendo conforme a razão.

Com Epicuro dissemina a ética do prazer. Já em Kant, o fundamento ético é o dever. Kant identificou o ideal ético da autonomia individual.

Para Hegel, o ideal ético estava na vida livre dentro de um Estado (um Estado de direito, preservando direitos individuais dos homens cobrando deveres, onde consciência moral e direito estivessem juntos e coerentes).

Contemporâneos de Kant, podem ser citados Adam Smith (criador da economia política e pai do liberalismo) que defende a ética da simpatia ou psicologismo; Bentham (fundador do utilitarismo) e Stuart Mill (difusor do utilitarismo).

Finalmente, não porque se esgotou, pois, faltam grandes pensadores (admiráveis em todos os aspectos, como Agostinho, Tomás de Aquino, Espinosa dentre outros), mas por questão de limitação deste estudo, no século XX, os pensadores da existência imprimem à liberdade o ideal ético. Como resultado da reflexão ético social desse século poder-se-ia afirmar que com a massificação a maioria das pessoas vive amoralmente. Embora, nos dias atuais o assunto esteja presente em todos os setores, pelo menos,

teoricamente – o que pode ser estimado como uma necessidade do retorno da ética.⁶³

Pelos exemplos acima, mais uma vez, afirma-se que tratar de “valores” e seres humanos, em qualquer época e situação, é tratar de liberdade *versus* escravidão; autonomia *versus* heteronomia e, mais, generosidade e egoísmo, verdade e falsidade, medos, trapagens e erros. Como já posto em páginas precedentes, o que não se pode perder de vista é o valor ético do processo penal quando sua finalidade precípua é a justiça.

Aliás, sem entrar novamente no conceito de justiça, que como já visto, é pluriunívoco e polissêmico, alguns autores associam a ética e justiça (inseparáveis). Particularmente Perelman é um deles e assevera, neste sentido, o valor inestimável da justiça e da ética (somados) em diversas páginas de uma de suas obras. Assim escreve:

A justiça é uma das noções mais prestigiosas de nosso universo espiritual. Seja-se crente ou incrêdo, conservador ou revolucionário, cada qual invoca a justiça, e ninguém ousa renegá-la. A aspiração à justiça caracteriza as objurgações dos profetas judeus e as reflexões dos filósofos gregos. Invoca-se a justiça para proteger a ordem estabelecida e para justificar as reviravoltas revolucionárias. Nesse sentido, a justiça é um valor universal.⁶⁴ [...]

A regra de justiça, por exigir a uniformidade, conduz à previsibilidade e à segurança. Permite o funcionamento coerente e estável de uma ordem jurídica. Mas isto não basta para satisfazer a nossa necessidade de justiça. É mister que a própria ordem assim realizada seja justa.⁶⁵ [...]

Um ato é injusto se não conforme à regra de justiça, a não ser que se justifique o desvio em relação a essa regra com consideração de equidade. Uma regra é injusta quando é arbitrária, quando constitui um desvio injustificado em relação aos costumes e aos precedentes, quando introduz distinções arbitrárias. Uma distinção é arbitrária quando não é justificada racionalmente. Os critérios⁶⁶ e os valores utilizados no processo de justificação serão irracionais se manifestarem um posicionamento parcial, se constituírem uma

⁶³ Toda a abordagem é resultado de estudo dos textos dos pensadores citados. Conferir na coleção Os pensadores: seleção de textos. São Paulo: Abril Cultural ou Nova Cultural, edições variadas. Ainda ver CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 334-365.

⁶⁴ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins fontes, 1996. p.146.

⁶⁵ PERELMAN. Op. cit. p.163.

⁶⁶ Idem. p. 205

defesa de interesses particulares, inaceitável para o auditório universal.

No capítulo que Perelman trata das considerações morais, ele faz uma crítica à razão clássica exclusivamente voltada para preocupações com as verdades imutáveis. O autor evidencia o exame que se deve renovar para cada situação específica sempre que se espera uma escolha moral, nesse caso, deve apresentar razões com autoridade suficientemente persuasiva para serem admitidas pelo auditório universal.

E, finalmente, apenas como pausa ao estudo deste item, neste estudo, ao referir-se ao comportamento do moralista em relação às regras jurídicas que possam diferir das morais, Perelman informa:

[...] Em direito, a noção central é a de *compromisso*: a testemunha que mente é passível de punição essencialmente porque se comprometeu a dizer a verdade, toda a verdade e nada além da verdade. Mas, [...] o legislador admite que não cabe constranger os sentimentos de afeição que se presume existir entre parentes próximos [...]⁶⁷.

Conclusão

A título de considerações finais neste estudo, ficou demonstrado o que o conhecimento empírico já assinalava – as divergências no campo das ideias são incontáveis. Deparou-se com uma tendência predominante a creditar ao processo judicial o meio de se chegar a uma decisão justa e à verdade (formal). Apresentou-se sinteticamente as formulações universalistas da teoria de justiça em que viabiliza, neste sentido, a possibilidade de elaborar a hipótese da eliminação das contingências que promovem desigualdades. Deparou-se, também, com a tese que sustenta que a noção de justiça pode se manifestar de forma parcial, correspondendo a interesses individuais sem a satisfação do justo em relação aos demais indivíduos que não compartilhem dos mesmos interesses – seria um argumento relativista da teoria da justiça. Tais nuances foram sutilmente apresentadas sem a análise minuciosa, o que não corresponderia à pretensão deste estudo. Entretanto, tornou-se possível considerar que o cumprimento do processo judicial na solução de conflitos poderá contribuir para uma solução justa, ou, menos injusta e, ainda, sem

⁶⁷ PERELMAN. Op. cit. p. 300-301.

definir uma adesão definitiva a esta ou àquela teoria da justiça, acreditar e esperar uma verdade a ser defendida e uma justiça a ser alcançada por meio do processo.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. tomo III.

Bíblia de Jerusalém, tradução do texto em língua portuguesa diretamente dos originais. São Paulo: Paulinas, 1987.

BRINDEIRO, Geraldo. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O acesso à justiça no plano dos direitos humanos. *In* QUEIROZ, Raphael Augusto de. **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *In* MARIONI, Luiz Guilherme (Org.). **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Simulação e prova. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 458, 8 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5718>>. Acesso em: 09 jan. 2001.

MENAGED, Marcelo. In QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. (Org.). **Acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MERLEU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins fontes, 1996.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Da prova judiciária no cível e no comercial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1955, tomo I.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In Participação e processo. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.