

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

ACESSO A JUSTIÇA

FLÁVIA DE ÁVILA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

Acesso à justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: José Querino Tavares Neto, Flávia de Ávila, Paulo Roberto Lyrio Pimenta. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-028-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

ACESSO A JUSTIÇA

Apresentação

Apresentação do Livro Acesso à Justiça

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Acesso à Justiça, resultado da seleção de textos para o Grupo de Trabalho (GT) homônimo que constou da programação do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido na Universidade Federal de Sergipe, na cidade de São Cristóvão, entre os dias 3 e 6 de junho de 2015. O GT, que teve como objetivo refletir sobre os estudos teóricos e análises empíricas acerca da prestação jurisdicional, com vistas à efetividade da justiça e à realização do direito constitucional do acesso à justiça, foi agraciado com artigos e debates que se constituíram em experiências extremamente ricas e diversificadas a respeito da temática.

Deste modo, por intermédio deste espaço institucional de discussão e divulgação de trabalhos do mais alto gabarito, foi possível estabelecer interações interdisciplinares pelas quais se podem operar mudanças no modo de se entender e se operacionalizar o Direito, a fim de que o mesmo seja efetivamente meio de transformação social. Portanto, o conteúdo dos artigos deste GT se destaca por formar ambiente único, rico de saberes, ainda responsável por aproximar a academia da sociedade ao propor construções teóricas, críticas e processos para beneficiá-la.

Os 29 artigos que integram este livro trabalham com os mais variados ramos do Direito, incluindo Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito do Trabalho, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Penal, Direito da Infância e da Adolescência, Direito do Consumidor, Direitos Humanos, etc. Estes, por sua vez, abrem a discussão para temáticas que envolvem a atuação do judiciário, formas alternativas de solução de controvérsias, administração da justiça, efetividade das decisões, concretização dos objetivos do milênio da ONU, teoria dos jogos, segurança pública, cortes estrangeiras e internacionais, dentre outros instigantes temas.

Ao vivenciar as apresentações dos artigos e participar efetivamente de debates por meio de indagações precisas e respostas acuradas, foi possível verificar o quão interessante tais temáticas são e o quanto podem acrescentar para que seja estabelecido diálogo entre as propostas da pós-graduação em Direito, com a participação de estudantes, professores e profissionais do seu campo e de áreas afins. Esta é uma oportunidade ímpar de o pós-

graduando estabelecer diversas relações que impactam positivamente em seu processo de aprendizagem e de os professores e demais operadores do Direito trocarem experiências e conhecimentos.

Por fim, laureia-se a iniciativa do CONPEDI em estabelecer este GT, que se consolida com novas edições. Trata-se de uma estratégia fundamental para a melhoria da qualidade dos cursos de pós-graduação no Brasil.

POBREZA E ACESSO À JUSTIÇA: BREVE REFLEXÃO ACERCA DOS DIREITOS DOS EXCLUÍDOS NO PROCESSO PENAL

POVERTY AND ACCESS TO JUSTICE: BRIEF REFLECTION CONCERNING EXCLUDED RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Marilene Sousa Pantoja

Resumo

A despeito de sua previsão constitucional, o direito fundamental de acesso à justiça não é assegurado a todos os jurisdicionados de forma igualitária; inúmeras variáveis concorrem para que sua aplicação seja mitigada e reduzida a uma minoria privilegiada. O presente artigo apresenta uma breve reflexão acerca do imbróglio judiciário que fulmina os direitos dos socialmente excluídos, promovendo uma justiça inalcançável, em vez de garantir sua acessibilidade a todos, sem qualquer exceção.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Socialmente excluído, Encarcerado, Tanque betesda, Judiciário.

Abstract/Resumen/Résumé

Despite its constitutional forecast, the fundamental right of access to justice is not ensured to all of egalitarian form; numerous variables compete for your application to be mitigated is reduced to a privileged minority. This article presents a brief reflection about the judiciary embarrassment, which undermines the rights of the socially excluded, promoting justice unreachable, instead of guaranteeing its accessibility to all, without any exception.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Socially excluded, Prisoner, Tank bethesda, Judiciary.

1. Introdução

A bela passagem bíblica relatada no livro de João é fascinante por demonstrar a dificuldade de acesso de um homem portador de necessidades especiais (na linguagem bíblica, parálítico) ao tanque Betesda, cujas águas milagrosas eram conhecidas por realizar cura naqueles que, por primeiro, nelas submergissem, logo depois de terem sido agitadas por um anjo.

A Bíblia conta que, por trinta e oito anos, esse homem esperou ter a oportunidade de entrar naquelas águas e assim ser curado de sua paralisia. Sua espera, entretanto, foi interrompida pela chegada de Jesus Cristo que, dirigindo-se àquele parálítico, estabeleceu com ele o seguinte diálogo:

Queres ser curado? Respondeu-lhe o enfermo: Senhor, não tenho ninguém que me ponha no tanque, quando a água é agitada; pois, enquanto eu vou, desce outro antes de mim. Então lhe disse Jesus: Levanta-te, toma teu leito e anda. Imediatamente, o homem se viu curado e, tomando o leito, pôs-se a andar (João 5: 1-18).

Sempre que leio esse texto, estabeleço uma relação com o homem encarcerado. Assim como o personagem bíblico, muitos homens e mulheres estão adoecidos e privados de sua liberdade e, da mesma forma, clamam por socorro.

Desconhecidos que, assim como o personagem bíblico aguardava ajuda para entrar nas águas agitadas pelo anjo, também esperam, nas prisões brasileiras, a oportunidade de acesso à justiça. São “paralíticos” imobilizados por uma tetraplegia estatal que engessa direitos e inviabiliza o exercício de garantias constitucionais.

Dessa perspectiva, este artigo pretende demonstrar como o Poder Judiciário pode se tornar um obstáculo à acessibilidade da justiça pelos socialmente excluídos. Transformado no Tanque Betesda da nossa atualidade, o Poder Judiciário atende apenas a uma pequena parcela de jurisdicionados, que desfrutam do privilégio de se aproximar e se jogar nas suas águas, nem sempre agitadas com imparcialidade por “anjos” investidos de jurisdição. Embora não receba a cura milagrosa, essa minoria privilegiada recebe o “milagre” de uma prestação jurisdicional justa, através de uma atuação eficiente do poder Judiciário; a eles está garantido o acesso à justiça.

Porém, assim como na passagem bíblica, não há acessibilidade a todos os necessitados, restando aos menos favorecidos esperar inutilmente a oportunidade de acesso a uma justiça, quase sempre, inacessível.

2. O acesso à justiça

A noção dominante de acesso à justiça está relacionada à ideia de acesso aos tribunais. As constituições brasileiras sempre anunciaram o princípio da garantia da via judiciária. Contudo, esse direito padece de uma forte carga simbólica que contamina sua efetividade.

Não parece, no modelo jurídico atual, que a mera garantia de acesso à justiça, garanta seu efetivo exercício. Inúmeras são as variáveis que se interpõem nesse processo, funcionando como óbice à plena efetividade dessa garantia. É fato, portanto, que essa concepção já não satisfaz porque, embora o tanque Betesda esteja palpável e visível diante do miserável homem paralítico, ele não tem mobilidade para alcançá-lo. E, ainda que pudesse fazê-lo, teria que ter agilidade para entrar por primeiro em suas águas agitadas.

A verdade é que são tantas as dificuldades enfrentadas para se obter a prestação jurisdicional no Brasil, que os poucos que a conseguem compõem uma elite de privilegiados, o que já conduziu à afirmação de que no Brasil não há *direito* de ação, mas *ônus* de ação.

O Judiciário brasileiro, atendendo uma parcela cada vez mais restrita da sociedade, encontra sustentação numa hipocrisia coletiva, alimentada pelos chamados “operadores do direito” que, mesmo não acreditando no sistema, remetem as pessoas aos tribunais, sabendo que não terão o efetivo acesso à justiça, sobretudo porque a eficiência da prestação jurisdicional depende de um mecanismo complexo na engrenagem da máquina judiciária, que absorve a legitimidade de qualquer argumentação jurídica. Cria-se, então, a falácia do acesso à justiça.

É nesse contexto que Cappelletti e Garth (1988) questionam a que preço e em benefício de quem estariam funcionando os sistemas jurídicos, vez que não se estariam tornando efetivos, mas meramente simbólicos, os direitos do cidadão comum. Nessa direção, concluem que a expressão “acesso à justiça” teria a função de determinar dois objetivos básicos do sistema jurídico: o primeiro refere-se ao sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios; o segundo, que os resultados produzidos sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

A despeito de entender o acesso à justiça como de difícil definição, Cappelletti e Garth (1988) propõem que ele deve ser encarado como o requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos e de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir efetivamente, e não apenas proclamar, o direito de todos.

Segundo os citados juristas, para que essa efetividade se evidencie é necessária a completa paridade de armas, no sentido de que a prestação jurisdicional final independa de elementos estranhos ao direito, mas apenas e tão somente dos méritos jurídicos relativos às partes antagônicas. Contudo, mais adiante, o jurista reconhece que essa igualdade é utópica vez que as diferenças entre as partes não podem, jamais, ser superadas (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Evidente que, em suas reflexões, Cappelletti e Garth não estão pensando nas (parafraçando Carnelutti) misérias do processo penal. Estão eles tratando do processo civil, para rememorar bem as inquietações desses juristas. Contudo, as roupas emprestadas da irmã nunca caíram tão bem na *cenerentola* carneluttiana.

Se, nas reflexões acerca do processo civil, Cappelletti e Garth entenderam utópica a tão almejada igualdade de armas, onde autor e réu, ao menos em tese, estão em igualdade material, o que dizer do processo penal, onde a relação assimétrica entre as partes constitui a essência do processo penal, decorrente da titularidade do *jus perseguendi*?

No processo penal, o Estado tem uma posição de proeminência. Enquanto os juristas se preocupam em discutir a natureza do sistema processual adotado no Brasil, seja ele acusatório, misto ou inquisitivo, o Estado vai demarcando fortemente seus domínios dentro da persecução criminal. Seja na fase de investigação, com a atuação de uma polícia inquisitiva, seja na fase processual, onde a titularidade da ação pertence ao Ministério Público e onde o juiz detém a gestão da prova.

Portanto, se há em Cappelletti e Garth uma inquietação quanto à igualdade de armas como elemento propiciador do efetivo acesso à justiça, parece mesmo que estamos diante de uma grande falácia, principalmente no que diz respeito ao processo penal.

3. O encarcerado e o seu cárcere

No ordenamento jurídico brasileiro há previsão de três modalidades de prisões provisórias: a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária. Todas guardam a característica comum de não decorrerem de sentença condenatória passada em julgado e, portanto, devem ter caráter de excepcionalidade.

Vários fatores concorrem para o encarceramento provisório de uma pessoa e o próprio ordenamento jurídico permite a constrição da liberdade de alguém por algumas razões. Contudo, não é o objetivo deste artigo, questionar o “*porquê*” da prisão; para efeito de construção do objeto desta pesquisa, prefiro ater-me no “*para que*” do encarceramento.

Neste particular, exteriorizo meu olhar sobre o encarcerado, construído diariamente nos diálogos e nas observações oportunizadas pela minha profissão. Receio que não esteja desprovida de preconceitos e nem apartada de estereótipos, por trazer uma carga de subjetividade inevitável, decorrente do exercício diário da atividade policial, mas acredito que essa proximidade possa auxiliar no exercício de alguma alteridade.

O encarcerado que motivou as reflexões deste trabalho é aquele que representa uma significativa parcela dos presos no Brasil. Evidentemente, não me refiro à generalidade dos aprisionados pelo sistema carcerário brasileiro; cada um deles guarda suas próprias idiossincrasias, que podem afastá-los do grupo a que me reporto e que não correspondem à realidade destas reflexões.

Refiro-me a uma pessoa oriunda das camadas populares, morador da periferia, pobre, sem emprego nem renda, tampouco com perspectiva de trabalho. Certamente, vivenciou uma história de violência familiar e, por consequência, de rejeição. Não se julga um homem mau, mas acredita que os crimes que cometeu justificam-se pela necessidade de sobrevivência. Não vê nas pessoas compaixão por ele e, da mesma forma, não sente compaixão por elas. Não se contamina pelos medos comezinhos da classe média e sensibiliza-se com pouca coisa; a vida o ensinou a sobreviver. Julga-se à margem da sociedade, percebendo seu desprezo e, por tal razão, não se sente comprometido com ela.

Percebe que os “operadores do direito” são tendenciosos, pelo simples fato de pertencerem às camadas sociais com quem ele, criminoso, digladiava reiteradamente na prática de seus crimes. Além disso, há uma forte carga de descrédito nas autoridades constituídas, que ora estão muito distantes, com seus distintivos e suas togas; ora se encontram perigosamente aproximadas pela arbitrariedade¹.

Nesse universo de jargões, técnicas e procedimentos jurídicos, sabe que está em desvantagem, sempre.

Essa breve descrição, quase comum à maioria dos encarcerados brasileiros, mostra como antagonico pode se construir o perfil desse ser humano: solto é capaz de agir como um animal cruel, mas, quando encarcerado, transforma-se num miserável, produto de uma sucessão de infortúnios, que, segundo Carnelutti (2008), o faz clamar por ajuda. Com as mãos por entre as grades estão quase sempre pedindo: “*olhe meu processo*”.

¹ Essa inconstância com que o Estado se relaciona com os criminosos, seja pela via da ilegalidade resultante de práticas corruptas e violentas, seja pelo viés de uma legalidade exacerbadamente inútil, acaba por fulminar qualquer possibilidade de propiciação da justiça pelos famigerados “operadores do direito”.

Nesse contexto, é sempre válido rememorar a delicada distinção entre criminosos e encarcerados feita pelo jurista italiano:

Digo o encarcerado, observe-se bem, não o delinquente. Digo o encarcerado como disse o Senhor, naquele famoso discurso citado no capítulo vigésimo quinto do Evangelho de São Mateus, que exerceu sobre mim fascinação imensurável; e, até ontem, poderia dizer, cri que preso se pronunciasse como sinônimo de delinquente, mas me equivocava e o equívoco foi um de tantos episódios, aptos a demonstrar que nunca se meditam o bastante sobre os discursos de Jesus. O delinquente, enquanto não está preso, é outro ser. Confesso que o delinquente me repugna; em certos casos, me produz horror (CARNELUTTI, 2008, p.23).

A compaixão que esse encarcerado desperta em Carnelutti diz respeito a sua própria condição humana, que reúne o bem e o mal, a luz e as trevas, ou seja, um homem miserável dominado por uma velha natureza. A mesma natureza que fez o apóstolo Paulo desabafar: *“Porque não faço o bem que quero, mas justamente o mal que não quero fazer é que eu faço”* (Romanos 7.19).

Talvez a compaixão de Carnelutti pelo encarcerado fosse redimensionada acaso conhecesse não somente as condições carcerárias existentes no sistema prisional brasileiro, mas também as circunstâncias jurídico-processuais em que nele chegou e nele permanece.

Ao se reportar às condições de encarceramento no Brasil, o psicanalista e professor Agostinho Neto as reputa como *“absurdas, cruéis e desumanas”*, concluindo mais adiante que: *“É claro que um sistema como esse não recupera ninguém. Muito pelo contrário, o seu funcionamento concreto é a própria negação dos princípios em que se baseia e que supostamente se destina a realizar”* (NETO, 2009, p.7).

Segundo o professor, o alto nível de reincidência entre os egressos é prova inequívoca da inadequação do funcionamento do sistema penitenciário.

Ora, se a reintegração social do apenado é inerente ao direito penal moderno e se ela não está sendo atendida pelo modelo punitivo vigente, haja vista os elevados índices de reincidência, não há temeridade na conclusão de que, novamente, estamos diante de outra falácia: a do caráter ressocializador da pena.

Pois bem, se o acesso à justiça não existe de forma eficaz, limitando-se apenas a um aforismo legislativo e se a pena não cumpre a sua função ressocializadora, talvez seja oportuno retomar a questão levantada por Cappelletti e Garth, para se pensar a que preço e em benefício de quem o sistema jurídico-penal brasileiro funciona.

O modelo de punição que se constrói nas penitenciárias brasileiras sustenta-se diariamente na ilegitimidade, na medida em que, para garantir sua sobrevivência, as unidades prisionais precisam infringir a lei.

Nesse processo de sustentação de ilegalidades se produz a aberração jurídica de “legalizar” o ilegal, como única alternativa à própria subsistência do sistema penitenciário.

Como consequência e em razão de sua banalização, a ilegalidade se dissemina sobre os direitos dos encarcerados, com roupagem de legitimidade, na mesma proporção em que a dignidade humana dos detentos passa a ser violada reiteradamente dentro das penitenciárias, a fim de resguardar a paz social interna e externa e o próprio sistema, que se (re)constrói incessantemente, a partir de uma lógica autofágica, que destrói aquilo que deveria ser a razão de sua própria existência.

Ao analisar as instituições totais, mais precisamente da perspectiva da equipe dirigente, Goffman, adverte:

Quase sempre, muitas instituições totais parecem funcionar apenas como depósitos de internados, mas, como já foi antes sugerido, usualmente se apresentam ao público como organizações racionais, conscientemente planejadas como máquinas eficientes para atingir determinadas finalidades oficialmente confessadas e aprovadas. Já se sugeriu também que um frequente objetivo oficial é a reforma dos internados na direção de algum padrão ideal. Esta contradição entre o que a instituição faz e aquilo que deve dizer que faz, constitui o contexto básico da atividade diária da equipe dirigente (GOFFMAN, 2007, p.69).

Como resultado, esse sistema produz um encarcerado que dificilmente será ressocializado. De um lado, porque percebe no Estado o principal agente violador de seus direitos, descumprindo quase todas as exigências legais impostas pela Lei de Execuções Penais, que poderiam levá-lo à ressocialização; de outro, porque o encarcerado sabe que continua em débito com a sociedade, quando, em vez de restituí-la pelo prejuízo causado pelo crime, a vê obrigada a arcar com o ônus de seu sustento, dentro da unidade prisional, padecendo em dobro, portanto, das consequências maléficas do crime.

4. As vicissitudes do cárcere

Costumo levar meus alunos para visitas técnicas em penitenciárias, ocasiões em que sugiro a eles que “apadrinhem” um detento, procurando conhecer um pouco da situação processual que os mantém naquele lugar, encorajando-os a impetrar *habeas corpus*, nos casos onde observarem ilegalidades nas prisões.

Em 2010, numa visita à penitenciária feminina na região metropolitana de Belém, uma aluna, muito sensibilizada com o que acabara de escutar, chamou-me para, junto com ela, ouvir o relato de uma detenta, que aqui chamarei de Maria.

Era uma moça jovem que saiu do Maranhão para morar em Belém, à procura de emprego. Sem muita opção de trabalho, juntou-se com um paraense, com quem iniciou um relacionamento amoroso. Viveram juntos por sete anos, tempo em que quase não manteve contato com seus familiares no Estado vizinho.

Dessa relação, nasceram três filhos, que, na época em que a conheci, estavam com sete, cinco e três anos de idade. Havia nove meses que Maria estava encarcerada. Explicou-me que há cerca de um ano, havia sido abandonada por seu companheiro que a deixou na rua, sem casa para morar e sem nenhuma ajuda para o sustento das crianças. Como não tinha parentes em Belém, foi acolhida por um vizinho. Sem dinheiro, não conseguia retornar para sua cidade. Conseguiu, então, um emprego de doméstica.

Logo nos primeiros dias em que estava empregada, furtou o celular de sua patroa, pois, segundo relatou, estava sem dinheiro para comprar alimento para seus filhos, que, a despeito de terem o abrigo concedido pelo vizinho, sofriam com a comida escassa.

No dia seguinte ao furto, interrogada pela patroa, Maria confessou a autoria, o que legitimou sua autuação em flagrante, e seu posterior encaminhamento à penitenciária, onde, nove meses depois, a encontrei.

Sobre os meandros jurídico-processuais que a mantinham encarcerada, Maria não sabia nada mais do que aqui relatei. Não sabia o porquê de estar presa por tanto tempo, não sabia se já havia sido denunciada, não sabia se estava sendo assistida por defensor. Alegava que nunca havia falado com nenhum advogado, tampouco que tivesse sido ouvida por um juiz.

Contudo, sua maior preocupação era com seus filhos. Desde sua prisão, não tinha recebido nenhuma informação acerca das crianças, tampouco havia recebido visitas de seus parentes, supondo que eles, sequer, soubessem de sua prisão. Acreditava que as crianças

estavam sob a guarda de seu vizinho, mas não sabia sob que condições de cuidados ele as mantinha.

A situação de Maria, que não é tão diferente da situação da maioria das mulheres encarceradas no Brasil, é exemplar por revelar a verdadeira natureza da prisão: um paradoxo intransponível, que a faz se apresentar, de um lado, como uma organização legal e eficiente, planejada para atingir o objetivo da ressocialização; de outro, um miserável depósito de pessoas, ensimesmado no vazio discurso da ressocialização.

Ante a afirmação de Cappelletti e Garth de que um dos objetivos básicos do sistema jurídico, afirmado pelo acesso à justiça, deveria ser a produção de resultados individual e socialmente justos, o caso de Maria revela-se emblemático (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Maria estava presa por ter furtado um celular. O crime de furto, previsto no art. 155, do Código Penal Brasileiro, impõe prisão em flagrante, àquele que for surpreendido nessa prática delituosa.

Não se trata de um poder discricionário da autoridade policial, mas de uma vinculação à natureza da ação penal, que, por ser pública incondicionada, não cede espaço aos institutos conciliatórios próprios das ações privadas. Pelo princípio da obrigatoriedade das ações penais públicas incondicionadas, tanto a autoridade policial, quanto o representante do *parquet* estão obrigados a proceder.

Como delegada de polícia, efetuei prisões de pessoas que roubaram bancos e grandes lojas, mas também já fui responsável pelo encarceramento de miseráveis que furtaram carne, leite, esmaltes, pilhas, dentre tantos outros objetos de bagatela. Nessas ocasiões, invariavelmente, sentia-me ultrajada como profissional, mas, sobretudo, como ser humano, a desempenhar o famigerado papel de “arauto da (in)justiça”.

Havia uma imposição legal, entretanto, que me obrigava ao procedimento e, em nome da lei, eu agia. Entre a minha conduta profissional e a prescrição legal não havia lapsos, fazendo parecer, ao público externo, que eu estava promovendo a mais legítima justiça. Porém, minha consciência me acusava e me fazia lembrar que aquele ser humano, que furtou aquele objeto insignificante, seria abandonado numa penitenciária fétida, superlotada e violenta, sem que o Estado pudesse promover-lhe uma assistência judiciária satisfatória, o que o manteria encarcerado por um tempo abusivamente ilegal, resultado de uma duração desarrazoada de seu processo. Essa era a situação recorrente nos casos de presos pobres, que não podem constituir advogados.

Talvez o delegado que autuou Maria, em flagrante, também discordasse daquela prisão, afinal, era apenas um celular que foi devolvido à ofendida. Porventura tenha se preocupado com as crianças de Maria ou, talvez, nem soubesse da existência delas. Mas, quem sabe, acreditou estar fazendo justiça ao colocar uma ladra no xadrez, cumprindo com seu dever policial? Independentemente da factibilidade dessas hipóteses, o fato é que ao delegado não cabia decidir acerca da prisão ou não de Maria; estava ele vinculado ao seu mister, que o obrigava a autuá-la em flagrante.

Porém, a legalidade dessa prisão poderia e, sobretudo, deveria ter sido aferida pela autoridade judiciária competente.

5. O direito dos excluídos

Acaso Maria tivesse recursos financeiros para constituir um advogado, estaria presa por nove meses, acusada de furtar de um celular?

Considerando que ela não estava cumprindo pena (sequer tinha visto o juiz), certamente deveria ter contra si um mandado de prisão preventiva, expedido por uma autoridade judiciária competente para fazê-lo. Somente essa possibilidade poderia legitimar sua prisão.

Porém, em 2010, o Código de Processo Penal ainda não havia sofrido a reforma que alterou o art. 310 e seu parágrafo único. Não que a Lei n. 12.403/11 tenha trazido modificação relevante ao dispositivo legal citado; na verdade, sequer houve alteração. O novo texto (com pequenos acréscimos) foi disposto no corpo legal, de forma invertida, ou seja, o que era *caput* transformou-se em parágrafo único e vice-versa, sem que houvesse qualquer modificação na sua essência.

A fim de comparar os textos, antes e depois da reforma, transcreverei *ipsis litteris* as duas redações. Abaixo, o texto original, anterior à reforma:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art.19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante a inocorrência de

qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 311 e 312).

A redação anterior estava obrigando o magistrado a, no caso de ocorrência de uma excludente de ilicitude, conceder ao flagranteado liberdade provisória. Da mesma forma, afastada essa hipótese, impôs medida idêntica, no caso em que, a despeito da inoccorrência de uma excludente de ilicitude, não estivessem presentes nenhum dos fundamentos autorizadores da prisão preventiva.

Ora, ante a natureza cautelar das prisões provisórias, se não houvesse possibilidade de converter aquela prisão em flagrante em preventiva, pela inoccorrência de suas hipóteses autorizadoras, obviamente que deveria ser concedida liberdade provisória àquele preso.

O que mudou, então, com o advento da Lei n. 12.403/11?

Art. 310 Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - Relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou;

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Uma leitura menos atenta dos dois textos, ora transcritos, poderia levar à equivocada conclusão de que houve uma significativa alteração na lei, já que a antiga redação do parágrafo único, que com a alteração se tornou *caput* do artigo, não deixava expressa a possibilidade de o juiz poder arbitrar fiança ao flagrado, tampouco declinava acerca da possibilidade do magistrado poder relaxar a prisão em flagrante. Ademais, não havia a determinação de conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Contudo, não é exatamente assim. A nova redação incorporada ao art. 310 do CPP, longe de atribuir novas garantias processuais ao indiciado, estava, na verdade,

advertindo os magistrados a olhar com cautela os autos de prisão em flagrante, que lhes eram remetidos pelos delegados de polícia, quando da autuação do suspeito.

Nessa fase da persecução penal, cabe ao juiz, ao receber os referidos autos, manifestar-se acerca da legalidade daquela prisão, homologando-a ou relaxando-a, nos casos de prisão legal ou ilegal, respectivamente.

Independente da alteração do texto legal, é cediço que, no ordenamento jurídico brasileiro, toda prisão ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pelo juiz². Além disso, ninguém pode ser preso a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente³. Portanto, antes da reforma trazida pela Lei 12.403/11, já havia a necessidade de ordem judicial para se manter alguém preso, já que a prisão em flagrante, efetuada por autoridades administrativas, tem caráter precário e natureza pré-cautelar.

Segundo Aury Lopes Jr., uma precariedade que somente se justifica pela *brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não* (LOPES JR., 2009, p.64).

Portanto, a reforma trazida pela Lei 12.403/11 não trouxe novidade ao ordenamento jurídico, no que diz respeito ao procedimento a ser adotado pelo juiz, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante.

Então, qual o motivo da alteração da redação do art. 310 do CPP?

Essa alteração, a princípio, desnecessária, guarda os seus porquês; na verdade, ela revela a discrepância entre a garantia do acesso à justiça, proclamado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República e a realidade praticada nos corredores do Judiciário brasileiro.

O caso de Maria é emblemático não apenas por revelar a precariedade na produção de resultados justos, a partir da noção de acesso à justiça, desenvolvida por Cappelletti e Garth; mais do que isso, a história de Maria é exemplar por revelar a incapacidade do Poder Judiciário em garantir do acesso à justiça aos socialmente excluídos.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o número de pessoas encarceradas no Brasil atingiu, em 2013, um total de 537.790, sendo que 215.639 são presos provisórios, que representam 40,1% da população carcerária⁴. São pessoas que estão

² Art. 5º, LXV, da Constituição da República.

³ Art. 5º, LXI, da Constituição da República.

⁴ BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014. São Paulo, 156 páginas.

aguardando por uma sentença (que pode ou não ser condenatória) e que, portanto, ainda não estão cumprindo pena, mas estão cautelarmente afastadas do convívio social.

Independentemente da responsabilidade criminal de cada um desses 215.639 encarcerados, todos tem o direito à liberdade, que somente pode ser cerceada por decisão judicial escrita e fundamentada, nas hipóteses autorizadas por lei.

Contudo, como Maria, muitas pessoas socialmente excluídas não conseguem se aproximar do metafórico Tanque Betesda. Estão imobilizadas pelo peso de um sistema opressor, ininteligível e inacessível. Não que todos os presos provisórios estejam nessa condição, até porque nem todos os “marginais” (aqueles que estão à margem da lei) são socialmente excluídos, sobretudo na atual realidade brasileira. Muitos deles têm suas causas muito bem patrocinadas e livre acesso à justiça.

O problema está naquele miserável encarcerado, desprovido de qualquer consciência crítica acerca de sua própria condição humana. Vítima do processo estigmatizante, retratado por Goffman (2009), “aceita” ser jogado num depósito fétido, personificando a barata kafkiana que, na luta por sua rasteira sobrevivência, resigna-se com sua nova condição.

Quando a encontrei, essa era a condição de Maria. Nas suas palavras havia a resignação característica das pessoas que se julgam indignas de reivindicar seus direitos, por se acharem muito distantes daqueles que poderiam reconhecê-los.

Contudo, esse distanciamento poderia (e, sobretudo, deveria) ter sido encurtado pela presença de um advogado. Alguém a quem pudesse revelar seus segredos e expor seus medos, confiando na sua lealdade profissional. Segundo Carnelutti, *as pessoas não sabem, e nem sequer o sabem os juristas, que o que se pede ao advogado é a esmola da amizade, antes de qualquer outra coisa* (CARNELUTTI, 2009, p.32).

Maria, como tantos outros excluídos nas prisões brasileiras, estava aprisionada há nove meses, sem nenhum amparo jurídico. Quando um juiz permite que alguém esteja provisoriamente preso por tanto tempo, sem justificar a necessidade da constrição dessa liberdade, está, em vez de corrigir eventuais irregularidades na persecução criminal⁵, reforçando um sistema perverso de favorecimentos, que fulmina a credibilidade do Poder Judiciário e reforça, nos mais frágeis, o processo metamórfico desumanizador de Kafka.

Minha experiência com autos de prisão em flagrante me convence de que, muito além de uma necessária adequação à boa técnica legislativa, a reforma do art. 310 e de

⁵ Conferir art. 251, 1ª. parte, do CPPB.

seu parágrafo único, trazida pela Lei 12.403/12, visava à correção de uma distorção legal, absolutamente legitimada pela prática comum entre os juízes de, ao receber o auto de prisão em flagrante, manifestarem-se pela legalidade daquele procedimento, sem, contudo, posicionarem-se acerca da manutenção ou não da prisão do autuado.

Disso resultava que a manutenção ou não da prisão de alguém dependia da inexistência ou existência de ilegalidade na lavratura do auto de prisão em flagrante, respectivamente. Assim, se a autoridade policial deixasse, por exemplo, de expedir nota de culpa ao indiciado, em flagrante violação ao art.306 do CPP, aquela prisão se tornaria ilegal e ao receber o auto de prisão, o juiz, detectando o vício, deveria relaxá-la.

Por outro lado, se a autoridade policial tivesse observado todas as exigências legais durante a lavratura do auto de prisão em flagrante para a autuação do suspeito, restaria ao juiz atestar a legalidade daquela constrição, manifestando-se pela “manutenção do flagrante”.

Tal manifestação deveria retornar (e sempre retornava) para a autoridade policial, porém, não como instrumento autorizador da manutenção daquela prisão (que, note-se, fora executada por uma autoridade administrativa), mas para informá-la que não havia sido detectada nenhuma ilegalidade no seu procedimento, razão pela qual não seria relaxada.

Faltava, porém, ao magistrado, para manter a legitimidade daquela prisão (repeto, administrativa), manifestar-se acerca de sua conveniência ou não. Se, como bem explicitava o parágrafo único do art. 310, o juiz percebesse a presença de qualquer um dos fundamentos da prisão preventiva, previstos no art. 312, deveria decretá-la. Para tanto, deveria expedir um mandado de prisão preventiva, atendendo à exigência constitucional, anteriormente citada.

Caso inexistissem tais fundamentos, deveria o juiz conceder ao flagranteado liberdade provisória, por se tratar de uma prisão legal, mas desnecessária, estando a autoridade policial obrigada a colocá-lo em liberdade.

Contudo, não era assim que as coisas aconteciam. Nem os juízes se manifestavam acerca da conveniência ou não da prisão, tampouco os delegados questionavam a ausência de uma ordem judicial que pudesse autorizá-los a manter tantas pessoas encarceradas, sem nenhum lastro legal.

Nesse contexto, a única esperança de liberdade imediata do flagranteado pobre era o relaxamento de sua prisão. Caso fosse mantido o flagrante e o preso não pudesse prestar da fiança ou não dispusesse de um advogado que postulasse sua liberdade provisória, permaneceria preso, apesar da ilegalidade do sepulcral silêncio judicial.

Maria estava exatamente nessa condição. Como sua prisão não foi relaxada, por não ter sido considerada ilegal pelo magistrado, tampouco dispunha de advogado para requerer sua liberdade provisória, iria permanecer presa (como de fato estava), sem nenhuma perspectiva de ser colocada em liberdade. Se o juiz, que na época manteve seu flagrante, tivesse observado a determinação legal contida no, então, parágrafo único do art. 310, ter-lhe-ia concedido liberdade provisória, pela inocorrência de qualquer fundamento autorizador de sua prisão preventiva.

A prisão de Maria decorreu, entretanto, da simples lavratura de um auto de prisão em flagrante, ato administrativo absolutamente inábil para a manutenção da prisão de alguém, naquele momento processual, por afronta direta ao art. 5º. LXI, da Constituição Federal.

6. Considerações finais

Os textos legais devem ser aferidos pelos juízes e sua aplicação deve corresponder a um clamor de justiça que, acima de tudo, deve ecoar da consciência de cada magistrado. Quando se apresentarem injustos, devem ser descartados.

A análise acerca da ilegalidade da prisão de Maria extrapola seus “porquês” e “para ques”, que a nada respondem. Ainda que sua prisão estivesse respaldada por um mandado judicial, não se tornaria justa, muito embora estivesse revestida de legalidade. Isso porque o Direito não se resume apenas à aplicação dos empobrecidos textos legais; ao contrário, cada fato relatado num processo é único e singular e, quase sempre, inalcançável pela letra fria da lei.

Contudo, para muito além (ou aquém) de uma discussão filosófica entre legalidade, direito e justiça, nenhuma retórica pode explicar como o Estado pode, em nome da lei, privar três crianças do convívio materno, pelo furto de um celular.

A discussão, infelizmente, é mais rasteira e não alcança a complexidade razoável desejada, capaz de explicar o inexplicável. No caso de Maria, como em tantos outros, foram os muros intransponíveis da insensibilidade, da indiferença e do descompromisso com a atividade jurisdicional que transformaram o Poder Judiciário num Tanque Betesda, absolutamente inacessível aos mais frágeis.

7. Referências

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. Tempos líquidos. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECKER, Howard S. Uma teoria da ação coletiva. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

CANCELLI, Elizabeth. A cultura do crime e da lei. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. Acesso á justiça. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Ricardo Rodrigues Gama. 1ª. Ed. Campinas: Russel Editores, 2008.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. Microfísica do poder. Tradução de Roberto Machado, 19ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

_____. A Verdade e as formas jurídicas. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

_____. Manicômios, prisões e conventos. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LIMA, Roberto Kant de. A Polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional - Volume II. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

MATA, Roberto da. O que é o Brasil?. Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

PRADO, Lídia reis de Almeida. O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial. 5.ed. Campinas: Millennium Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SILVA, José Fernando Siqueira da. “Justiceiros” e violência urbana. São Paulo: Cortez, 2004.

SONTAG, Susan. Diante da dor dos outros. Tradução de Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. Descasos: uma advogada às voltas com o direito dos excluídos. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 1987.

VELHO Gilberto; ALVITO, Marcos (Org.). Cidadania e violência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Editora FGV, 2000.