



A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal

The effectiveness of fundamental rights in criminal procedure

FABRÍCIO DREYER DE AVILA POZZEBON

Doutor em Direito pela PUCRS. Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS.
Docente do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

RESUMO: O presente artigo busca destacar algumas consequências para o processo penal, enquanto espaço para o exercício de direitos voltados à preservação da liberdade do acusado, com o advento do Estado Social de Direito e o dever do juiz criminal garantir a proteção efetiva desses direitos fundamentais, mediante prestações positivas.

Palavras-chave: Estado; Direitos fundamentais; Jurisdição; Processo penal.

ABSTRACT: This article aims to highlight some consequences for the prosecution, while space for the exercise of rights aimed at preserving the freedom of the accused, with the advent of social rule of law and duty of the criminal judge to guarantee effective protection of such rights, benefits by positive.

Keywords: State; Fundamental rights; Jurisdiction; Criminal procedure.

INTRODUÇÃO

A breve reflexão que se pretende propor com o presente artigo versa sobre os possíveis efeitos para o processo penal, concebido como o *locus* para o exercício de direitos voltados à preservação da liberdade do acusado, com o advento do modelo de Estado Social de Direito, estruturado sobre as bases do Estado Liberal de Direito,¹ a exigir uma postura mais ativa do juiz criminal no sentido de garantir a efetividade desses direitos fundamentais.

Em relação a essa transição estatal, como afirmam Streck e Bolzan,² sem negar ou romper conquistas e valores do liberalismo, advém um novo conteúdo axiológico-político, de preocupação social, pois os direitos passam a ser vistos não só como forma de limitação do poder estatal, mas também, de exigir prestações pelo Estado.

E basta o exame da estrutura da Defensoria Pública em nosso País,³ somada ao fato de que 80% dos processos criminais e 90% dos processos de execução penal no Brasil são por ela patrocinados e pelo serviço de Assistência Judiciária, para que se possa constatar a importância dessas prestações, através de uma postura mais ativa do juiz criminal, como forma de garantir um mínimo de efetividade aos direitos fundamentais

dos acusados mais desassistidos e a desejada igualdade material com aqueles representados por advogados contratados.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Da mesma forma que o Estado Liberal de Direito⁴ estava voltado à consagração de direitos individuais, que acabaram ganhando amparo constitucional,⁵ o Estado Social de Direito e a primazia das garantias e liberdades sociais tiveram o mesmo reconhecimento, pois, como afirma Ingo Sarlet, é íntima a ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado Social consagrado pelas Constituições contemporâneas. Por isto, prossegue o autor, apesar da inexistência de norma expressa no direito constitucional brasileiro qualificando nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, da Constituição Federal vigente refere somente os termos democrático e Direito), na esteira da maior parte das Leis Fundamentais contemporâneas há um consenso na doutrina, de que, nem por isto, o Estado Social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição,⁶ o que fica claro pelo grande rol de direitos fundamentais sociais nela previstos, como é o caso dos Princípios

positivados no Título I da Magna Carta; dos direitos a prestações sociais por parte do Estado, dispostos no artigo 6º e outros dispersos pelo texto constitucional; e pelos direitos dos trabalhadores elencados nos artigos 7 a 11. E conclui Sarlet:

no âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia de igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e de um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas sim guiado pelo valor da justiça material.⁷

No sentido dessa importante consequência de inclusão dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional, é agregada à proposta do Estado Social de melhoria das condições da sociedade para uma existência digna, um conteúdo transformador da realidade, consistente na participação pública dos cidadãos na vida política e, assim, na definição do seu próprio destino, formando-se o Estado Democrático de Direito, que tem os valores da democracia arraigados nos seus elementos constitutivos e na ordem jurídica.⁸ Sua origem remonta a busca pela conjugação do ideal democrático ao Estado de Direito, não como sobreposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio, onde estejam as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Apesar de vinculado ainda à legalidade, a concretização da igualdade é buscada não pela generalidade do comando normativo, mas, através dele, por intervenções que impliquem, diretamente, uma mudança na situação da comunidade.⁹

François Ost resume essa transição ao afirmar que o Estado Moderno, na sua visão de “Estado Protetor”, tem como base da sua delimitação histórica as teorias dos contratualistas Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, passando, primeiro, no século XIX, por uma proteção minimalista, através do Estado Liberal e, após, no século XX, este Estado tem sua função alargada, uma vez que toma a seu encargo, além da mera sobrevivência “à garantia de uma certa qualidade de vida: fala-se, então do Estado providência ou Estado social”, o Estado do bem-estar ou *Welfare State*,¹⁰ o que implica crescer às suas funções, a missão de resolver os múltiplos problemas existentes em uma complexa sociedade de massas, caracterizada pela rápida e constante mutação.¹¹

Assim, o contexto socioeconômico e político-cultural do liberalismo acabou dando lugar, entre as

últimas décadas do século XIX e o alvorecer do século XX, a uma realidade distinta, a partir da urbanização, das sociedades de massa e de risco, da multiplicação dos problemas daí advindos e do incremento das diferenças e necessidades não só sociais, mas de toda ordem. Tal quadro de industrialização e urbanização gerou, imediatamente, uma série de problemas fundamentais que a existente aparelhagem governamental era incapaz de enfrentar, como foi o caso da criminalidade e do incremento na prestação da saúde pública.¹² Diante desta nova realidade, os governos foram obrigados a agir e construir um novo equipamento que tornasse uma ação efetiva. O resultado foi o nascimento de uma nova filosofia de intervenção do Estado.¹³ Assim, as promessas do Iluminismo e da evolução tenocológica, no sentido do atingimento do paraíso terreno a partir da razão não se verificaram, impondo ao Estado, até então, na sua feição liberal, telespectador e garantidor dos direitos e garantias individuais, na sua maioria burgueses, a uma maior intervenção, ao mesmo tempo em que se deparava, com um difícil desafio: manter o respeito a direitos e garantias individuais, mas intervindo de forma a “equilibrar o jogo” e as abissais desigualdades que se formaram.¹⁴

Desse modo, o Estado liberal, inerte (absenteísta), com um papel negativo de não-intervenção na vida privada, passa a ser o Estado social, intervencionista, responsável por tarefas positivas¹⁵ – prestações públicas, de modo a atender sua “função social”, vale dizer, as liberdades liberais ou negativas, de não-interferência, passam a ser liberdades sociais ou positivas, de atuação do ente estatal, o que irradiou consequências de toda ordem.

Os deveres de proteção dos direitos fundamentais, então, aparecem como base da postura ativa do juiz no Estado Social. Robert Alexy,¹⁶ ao tratar dos direitos a ações positivas do Estado (prestações em sentido amplo), afirma que, enquanto os direitos fundamentais, de acordo com a interpretação liberal clássica, destinam-se a garantir a esfera de liberdade do indivíduo diante da intervenção estatal (direito de defesa do cidadão perante o poder público ou direitos a ações negativas, omissões, por parte do Estado), os direitos a ações positivas são direitos fundamentais sociais, a prestações, como o direito à assistência social, ao trabalho, à habitação, à educação, e acrescenta-se, a uma defesa materialmente eficaz. Na mesma linha, Ingo Sarlet¹⁷ aduz que,

vinculados à concepção de que cabe ao Estado, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais

e implementar as condições fáticas e jurídicas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.¹⁸

E Marinoni,¹⁹ na esteira de Alexy e Sarlet, preleciona que os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, em especial, da ingerência na liberdade e propriedade. Com o advento do Estado Social e suas novas funções, passaram os direitos fundamentais a ser categorizados também como direitos a prestações. Além da garantia das liberdades diante do Estado, era necessário, ainda,

exigir não só prestações de proteção aos direitos e prestações sociais capazes de possibilitar que a liberdade pudesse ser usufruída, como também prestações idôneas a viabilizar a participação dos particulares na reivindicação de proteção e dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos.

Assim é que se pode falar de maneira mais ampla em direitos de defesa, os direitos a prestações, divididos em direitos de proteção (direitos à prestação em sentido amplo), direitos a prestações sociais (direitos à prestação em sentido estrito) e direitos de participação (também direitos à prestação em sentido amplo), estes últimos exigindo organização e procedimentos adequados. Os direitos fundamentais deixaram de significar apenas um direito ao não-agir do Estado, passando também a exigir deste ações no sentido de disponibilizar meios materiais e jurídicos à concretização das suas necessidades.

Portanto, já não é suficiente que o Estado se abstenha de intervir na esfera dos direitos fundamentais, devendo também agir no sentido de garantir sua realização efetiva e materialmente igualitária. Por isso, é proposta a presente reflexão no sentido de questionar se a transição desses modelos estatais, deve influenciar a forma como concebido nosso modelo processual penal baseado, essencialmente, em direitos de primeira dimensão, próprios do Estado Liberal de Direito e, conseqüentemente, a própria postura esperada do juiz criminal. Volta-se a dizer que, a partir de um processo penal entendido não como o local onde o Estado irá efetivar sua pretensão punitiva, mas enquanto lugar

para o réu, hipossuficiente na relação, exercer direitos e garantias voltados à preservação da sua liberdade. E a matéria aqui tratada ganha especial relevo ao versar sobre o processo penal, cujas “misérias” são retratadas na obra de Carnelutti.²⁰

2 ESTADO PRESTACIONAL E PROCESSO PENAL

Especialmente a partir da Constituição de 1988, os direitos e garantias individuais do acusado perante o Estado (art. 5º) passaram a gozar de um status diferenciado e, aos poucos, foram sendo culturalmente admitidos e aplicados, ainda que com evidente resistência, no dia a dia do processo penal. Somados a outros princípios de extrema importância, que conferem uma visão sistêmica ao processo penal,²¹ caso do “*in dubio pro reo*”, tem-se o contexto jurídico em relação ao qual o julgador está submetido. Portanto, o papel no processo penal desse Estado protetor deve ser pensado a partir da concepção de processo adotada, já que se têm verificado tentativas, inclusive legislativas, que fogem aos fins do processo penal e apresentam fortes traços de inconstitucionalidade, como é o caso de procurar transformá-lo em um lugar de satisfação da vítima, de discussão e fixação de valores reparatórios e até de vingança.²² Sem contar sua constante estigmatização, já que, repetidamente, lhe é atribuída a pecha de óbice à rápida aplicação da pena e de gerador de impunidade, quando, pelo contrário, é o local onde o réu exerce seu direito constitucional de defesa e padece, na concretização de seus direitos, das mesmas deficiências de estrutura estatal responsável por essa dita morosidade.

A necessidade da atividade do Estado Social de Direito estar voltada à consolidação de um planejamento político-ideológico de caráter social, com eficácia limitada pelas deficiências do Poder Executivo, tanto em atender a crescente demanda de prestações públicas necessárias à população, como pela carência de políticas sociais eficientes e duradouras, levam, cada vez mais, à necessidade dos cidadãos contarem com o Poder Judiciário para sua concretização,²³ o que não é diferente no caso do réu em relação ao juiz criminal. Vale dizer, o Judiciário tem posição de destaque na efetivação dos objetivos que levaram à transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, visto este com a exigência de um Estado Material de Direito,²⁴ caracterizado por princípios jurídicos fundamentais e vinculado ao surgimento e à manutenção de uma realidade jurídica “justa”, na sua acepção substancial.²⁵ Este novo papel de destaque do Poder Judiciário, já nos primeiros sinais de intervencionismo do Estado Social,

abala a clássica separação tripartite de Poderes elaborada por Montesquieu, própria do Estado Liberal, que sofre mudanças significativas, especialmente no Estado Democrático de Direito, próprio do constitucionalismo do pós-guerra, através do “deslocamento da esfera de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo, para o Poder Judiciário”. Do mesmo modo, há uma “interpenetração de funções, quando atos de um poder são praticados por órgãos vinculados a outros”, há “um compartilhamento de atribuições”.²⁶

Segundo Ingo Sarlet,²⁷ a proteção dos direitos fundamentais passa a ser uma proteção juridicamente mediada, por meio do Direito, a Constituição – e, assim, o Estado constitucional –, na medida em que parte de uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais (a Constituição fixa os limites do exercício de Poder estatal), é condição de existência das liberdades fundamentais, de modo que os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia dentro de um autêntico Estado constitucional democrático. A partir desta idéia, cabe ao Poder Judiciário, inserido na concepção de Estado Democrático e Social de Direito, caracterizado por sua postura prestacional e atuante, a função de executor dessa mediação, conferindo eficácia aos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que encontra na própria Constituição os parâmetros de sua atividade.²⁸ Esta perspectiva de obtenção da prestação Jurisdicional, a fim de materializar o respeito aos direitos, além de conferir eficácia à natureza material do Estado de Direito, passa também a exigir uma série de mecanismos jurídico-processuais de garantia e acesso à Justiça, o que aproxima os Estados de Direito material e formal. O juiz, como garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, não pode, como afirma Aury Lopes Júnior,²⁹ ficar inerte ante violações ou ameaças a esses direitos, nem confundir vigência com validade, pois “só assim poderá identificar a substancial invalidade de uma determinada lei processual, que não sobreviveu ao filtro constitucional (de validade)”.³⁰

Portanto, não há como deixar de reconhecer a influência desse Estado Social na forma como concebido o processo penal, enquanto direito a prestações em favor do acusado. Deverá o juiz criminal, assim, atuar no sentido de garantir, em especial à predominante “clientela” do Direito Penal, ou seja, aos acusados mais desassistidos, uma defesa materialmente eficaz, mediante a adoção de medidas no sentido de garantir sejam eles devidamente representados nos autos, respeitados na sua dignidade e tenham um amplo acesso à jurisdição,³¹ inclusive através de providências *ex-officio* na forma do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, cabíveis quando o juiz verificar

que no curso do processo penal o réu sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, o que, para exemplificar, teria nas execuções penais em curso por todo o País, um largo campo de aplicação. Isto não só no tocante ao cumprimento da pena no cárcere, cuja precariedade fere frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana,³² como na apreciação de benefícios a que teriam direito os apenados (remissão de pena, progressão de regime, entre outros).

O grande desafio do Estado Democrático Social de Direito, assim, e do próprio Judiciário, é a harmonização da Justiça Social com o respeito aos direitos e garantias individuais, em local e momento adequado, atendendo à natureza e sistemática do procedimento legalmente estabelecido, de modo que o cidadão, ao mesmo tempo em que obtém as prestações mínimas por parte do Estado para uma vida digna, possa desenvolver suas potencialidades e exercer seus direitos reconhecidos, sem a intervenção abusiva e ubíqua do poder estatal. Vale dizer: que agregue as conquistas tanto do Estado Liberal como do Estado Social.³³ Equilíbrio este a ser procurado, tendo como pano de fundo o grave quadro de problemas, agora não só individuais, mas também difusos e coletivos, que se acumulam nessa dinâmica social. Dessa forma, caberá ao juiz na seara processual penal agir para que o acusado tenha seus direitos fundamentais respeitados, formal e materialmente, independentemente de possuir ou não um defensor particular constituído.³⁴

Somente assim, termos um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com as exigências de uma legalidade material vinculada a princípios, somada à complexidade do mundo atual e sua dinâmica mutação, com um juiz voltado à efetivação dos direitos de garantia, tanto individuais como sociais. Um judiciário visto como uma instância de poder autônoma, afastada das convenções políticas presentes nos demais poderes (refletidas na legislação e nos programas de governo do Executivo), responsável por tornar concreto o direito, a partir de princípios jurídicos, tanto numa perspectiva constitutiva como criadora, embasada em uma racionalidade material. Um Poder que realiza o direito através da lei, mas incorporando também a axiologia e os princípios fundamentais balizadores do sistema jurídico em que está inserido; portanto, de forma criativa, uma criação “do direito e de valores”,³⁵ mas não livre de limites, pois, ao fundamentar sua decisão, deverá demonstrar, não uma teleologia política, mas um conteúdo concreto, uma axiologia material, para que as proposições jurídicas tenham aceitabilidade, a validade do direito. Assim sendo, o juiz passa a ser não apenas “a boca da lei”, um mero intérprete-aplicador de dispositivos legais, mas o

último positivador³⁶ resolvendo litígios com base essencialmente em princípios, não aprioristicamente hierarquizados, mas sim, de acordo com o caso concreto, zelando pelo respeito às garantias constitucionais dos jurisdicionados, o que é indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Com o advento do denominado Estado Social de Direito, é acrescido ao dever estatal de não interferência nos direitos fundamentais, o de garantir a sua efetividade através de prestações, cabendo ao juiz criminal uma postura mais ativa não só em respeito ao modelo imposto pela sistemática penal adjetiva que tem o acusado como a parte hipossuficiente da relação, como também pelas deficiências dos órgãos estatais responsáveis por garantir o acesso à jurisdição e ao direito de defesa. Isso no sentido de que possa o processo penal ser o lugar onde, materialmente, sejam exercidos, com alguma igualdade, os direitos e garantias voltados à preservação da liberdade do acusado carente. Não é por outro motivo, que toda a pessoa chamada a juízo acusada da prática de um delito goza de garantias processuais outorgadas pela Constituição, sendo responsabilidade do próprio Poder Público torná-las efetivas e para todos, na busca de um processo penal mais democrático, onde o Estado possa prestar a tutela jurisdicional efetiva, com o cidadão resguardado de eventuais abusos ou arbitrariedades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. 2. ed. Tradução de: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Traduzido por José Antônio Cardinali. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Derechos y garantías – la ley más débil*. Tradução de Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Madrid: Tecnos, 2003.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PEREZ-LUÑO. Antônio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Breves Considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.) *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Fábio Luiz Mariani de. *Defensoria Pública e o acesso à justiça penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NOTAS

¹ Ao tratar das teorias liberal e social de Estado, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 45-49, salienta que enquanto a primeira estava centrada na defesa do indivíduo perante o Estado, a segunda estruturou-se sobre as bases do modelo capitalista, privilegiando a implementação da igualdade material.

² STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91.

³ Segundo SOUZA, Fábio Luiz Mariani de. *Defensoria Pública e o acesso à justiça penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 323-327, com base em Estudos Diagnósticos da Defensoria Pública realizados pelo Ministério da Justiça e no Relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União, as Defensorias sofrem carências diversas: a) insuficiência de defensores públicos e de funcionários tanto de apoio técnico como administrativo;

- b) déficits de recursos orçamentários e de materiais, principalmente na área de informática; c) reduzida dotação orçamentária; d) estrutura física inapropriada para o atendimento. Ademais, Santa Catarina e Goiás, sequer implementaram suas Defensorias Públicas, enquanto Paraná e Amapá, já criaram as suas, mas não estão estruturadas na forma da Constituição Federal e da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94). O nível de Universalização dos serviços da Defensoria no Brasil, segundo dados de 2009 ficou em 41,09%, abrangendo, portanto, menos da metade das comarcas brasileiras. A hipossuficiência econômica para fazer *jus* à defensoria pública é de três salários mínimos o que, mesmo em um Estado com alto Índice de Desenvolvimento Humano como o Rio Grande do Sul (0,832), significa 72,2% da população, o que demonstra a extensão do público alvo.
- ⁴ Conforme STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. cit., p. 88-99, não se pode considerar o Estado de Direito, ora liberal em sentido estrito, ora social e, por fim, democrático, cada um deles moldando o Direito com seu conteúdo, apenas como um dispositivo técnico de limitação de poderes, resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas, mas também uma concepção de fundo das liberdades públicas, de democracia e do papel do Estado.
- ⁵ Como pode ser verificado em nossa Constituição Federal de 1998, nos vários incisos do seu art. 5º.
- ⁶ Caso de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 336 e ss.; e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 102-103.
- ⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 67-68.
- ⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 68.
- ⁹ *Ibid.*, p. 70.
- ¹⁰ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 336-338.
- ¹¹ Como afirma ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 08-11, em um famoso “diagnóstico do nosso tempo”, o fato mais importante da época atual foi a ascensão das massas e, segundo BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea*. 2. ed. Tradução de: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 120, basta olhar em volta para ver a forma como o advento da sociedade das massas alterou o contexto de nossa vida individual, como também o sistema político em que nossa sociedade está organizada. Nas décadas finais do século XIX, foram introduzidos, em larga escala, os novos processos industriais, a exigirem a concentração das populações em tentaculares áreas congestionadas, de fábricas fumegantes e ruas sujas, alterando todo o caráter da estrutura social. Nos novos aglomerados urbanos, uma vasta, impessoal, maleável sociedade de massas nasceu e a cena ficou montada para desalojar os então predominantes sistemas social e político burgueses, bem como a filosofia liberal que os sustentavam, substituindo-os por novas formas de organização política e social.
- ¹² Exemplifica BARRACLOUGH, Geoffrey. Op. cit., p. 120.
- ¹³ Na Alemanha, a legislação social Bismarck de 1883-9 marcou o ponto de transição. Na Inglaterra, o programa radical patrocinado em 1880 por Chamberlain, souo como o “dobro de finados do *laissez faire*” e o mistério de Gladstone de 1880-85 foi a ponte entre dois mundos políticos.
- ¹⁴ *Ibid.*, p. 119-121.
- ¹⁵ Com a transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, os direitos fundamentais, então concebidos como limitadores do poder político, passam a ter um significado maior nas ordens constitucionais, como valores objetivos essenciais e fins diretos das ações positivas dos poderes públicos. PEREZ-LUÑO, Antônio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2005, p. 21.
- ¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 412 e ss.
- ¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 195-215. Segundo o autor, os alemães utilizam as expressões “direito de participação” e “direitos de quota-parte” (*Teilhaberechte*) até com maior frequência, como sinônimos de “direitos a prestações” (*Leistungsrechte*).
- ¹⁸ Cabe aqui lembrar, ainda que sinteticamente, a diferença que Ingo SARLET. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 271 e 272, estabelece entre direitos de defesa e sociais prestacionais: a) enquanto os direitos de defesa possuem natureza predominantemente negativa, de abstenções do Estado, protegendo o indivíduo de ingerência ilimitada do Estado na sua autonomia pessoal; os direitos de sociais prestacionais apresentam uma crescente dimensão positiva de prestação de natureza fática por parte do Estado (ou particulares destinatários da norma), sem excluir uma faceta de cunho negativo; b) Diversamente dos direitos de defesa, através dos quais se cuida de preservar e proteger uma situação existente, os sociais de cunho prestacional pressupõem a criação ou que seja colocada à disposição a prestação que constitui o seu objeto (pois objetiva a realização da igualdade material no sentido de assegurarem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais).
- ¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154-158.
- ²⁰ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Traduzido por José Antônio Cardinali, 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2002.
- ²¹ Para BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1996, p. 71-81, o ordenamento jurídico constitui um sistema normativo uma vez que nele não podem coexistir normas incompatíveis, o que colocaria em risco a coerência e a unidade do ordenamento.
- ²² Ressalta-se, neste sentido, a intensa polêmica com o advento da Lei nº 11.719/08 que, entre diversas mudanças no Código de Processo Penal, trouxe a do art. 387, inciso IV, prevendo a fixação na sentença penal condenatória de um valor mínimo a título de indenização, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, o que é feito mediante arbitramento, sem pedido prévio ou discussão pelo acusado sobre a reparação, portanto, em prejuízo do contraditório e da ampla defesa. Mas o que se apresenta como fundamental é que, pela sua natureza, o processo penal não é o local apropriado para tanto. E não se trata de não reconhecer o direito à reparação, mas sim que ela seja buscada em seara adequada, onde este é o objeto da discussão.
- ²³ Como afirma HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. V. I. Tradução de: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 236, o esquema tradicional de tripartição dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis não são mais vistas como programas condicionais, adotando a forma de programas finalísticos.
- ²⁴ Esclarece SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 64, que o conceito de Estado material de direito transcende o de Estado formal de direito vinculado ao império da legalidade, para exprimir não só a garantia de determinados procedimentos e formas, vinculados à organização do poder e da competência dos órgãos do Estado, mas também, determinados valores, direitos e liberdades fundamentais, como parâmetros e metas dessa atividade estatal.
- ²⁵ Como bem ilustra FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 97.
- ²⁶ STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. cit., p. 163-165.
- ²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 64.
- ²⁸ Conforme PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 142, além da função limitativa do poder estatal, os direitos fundamentais constituem critérios de legitimação deste poder, e, assim, da própria ordem constitucional, uma vez que o poder encontra justificação enquanto forma de realização dos direitos do homem e a concepção de justiça é inerente a tais direitos.
- ²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 275.
- ³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley más débil*. Tradução de: Andrés Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 21, crítica a confusão dos planos de “existência” (vigência) e “validade”, pois, para a dogmática tradicional a simples vigência de uma norma pressupõe sua validade, o que é equivocado, pois a validade deve ser analisada não só no aspecto formal (mera vigência ou existência, dizem respeito à forma do ato normativo e depende da conformidade com normas formais sobre sua produção) como substancial (que dizem respeito ao significado, à substância do direito, onde entram os princípios como fator limitador e vinculante e a constitucionalidade das normas).
- ³¹ A título de ilustração, sugiro a leitura de meu artigo: Breves Considerações sobre o direito ao recurso no processo penal brasileiro. In Alexandre Wunderlich (Org.) *Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, v. 1, p. 285-303.
- ³² No *sito* do Conselho Nacional de Justiça www.cnj.jus.br, é possível ter acesso a um levantamento bastante completo sobre os sistema carcerário brasileiro, denominado de Geopresídios, lançado no mês de março do corrente ano. Constam dados estatísticos, por Estado, de todas as Unidades Prisionais brasileiras cadastradas, além de informações sobre situação das vagas e condições do estabelecimento.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 397.

³⁴ Como exemplo, os Tribunais Superiores, sensíveis a esta realidade, têm autorizado o cumprimento de pena em prisão domiciliar por ausência de vaga em estabelecimento carcerário. “*PENA – CUMPRIMENTO – REGIME SEMIABERTO*. Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar.” (STF-HC 96169, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009 EMENT VOL-02377-02 PP-00331). “*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE BENEFICIADO COM O REGIME PRISIONAL ABERTO. INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO NA COMARCA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA*. 1. Se o paciente foi beneficiado com a progressão ao regime prisional aberto e não existe vaga em estabelecimento adequado ou casa do albergado, é possível a concessão do benefício da prisão domiciliar, até o seu surgimento. 2. Ordem concedida, deferindo ao paciente o benefício de

aguardar, em prisão domiciliar, vaga em estabelecimento próprio ao cumprimento da pena em regime aberto.” (STJ - HC 188.286/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 09/05/2011). Aliás, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 88, estabelece as condições dignas de uma unidade celular: O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo requisitos básicos da unidade a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, além de área mínima de seis metros quadrados.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 103.

³⁶ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 21, abr./jun. 2000, utiliza a expressão “positivador derradeiro” do Direito ao referir-se ao Juiz, vale dizer, é do magistrado a decisão final a respeito das controvérsias no âmbito do Poder Judiciário.