



# ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Walter Nunes da Silva Júnior  
Francisco Sidney de Castro Ribeiro

## RESUMO

O estudo analisa o acesso à justiça penal, tratando suas especificidades de acordo com o marco constitucional do processo penal, que, como tal, representa instrumento de garantia e limite à persecução criminal. Para tanto, é feita uma abordagem inicial da constitucionalização do ordenamento jurídico, pois é necessário entender o porquê da conformação do processo penal a partir das normas constitucionais. Em sequência, analisa-se o modelo processual penal a partir de sua instrumentalidade constitucional e dos princípios aplicáveis à relação Estado-imputado, entre os quais será destacado o acesso à justiça. Nessa extensão, apresentam-se noções gerais relativas à evolução histórica, ao conteúdo e aos parâmetros constitucionais, para, em incursão mais específica, tratar do acesso à justiça no processo penal, com parâmetros próprios e distintos do processo civil. Conclui-se que o acesso à justiça penal está diretamente relacionado com o equilíbrio subjetivo no processo e o fortalecimento do indivíduo enquanto sujeito de direitos, em um viés emancipatório, principalmente a partir da acessibilidade à informação jurídica e à qualificada compreensão sobre seus direitos e deveres.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Processo Penal Constitucional. Equilíbrio entre os sujeitos processuais.

- Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1987), mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (1999) e doutorado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (2006). Exerceu a função de membro do Conselho Nacional de Justiça (2009-2011), após o que retornou ao exercício da Titularidade da 2ª Vara Federal - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE, sendo também, atualmente, Juiz Corregedor da Penitenciária Federal em Mossoró. Professor titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
- Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte, titular da 19ª Defensoria Criminal de Natal (Execuções Penais). Membro eleito do Conselho Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Norte (biênio 2019-2021). Coordenador do Núcleo de Apoio aos Presos Provisórios e a Seus Familiares (2022-2024). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (ingresso em 2021). Pós-graduado (lato sensu) em Direitos Humanos pelo Curso CEI/FACICA (2021). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2013).

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa, tratará do princípio do acesso à justiça na perspectiva de um processo penal democrático e constitucional, para além, portanto, de seu desenvolvimento teórico que ordinariamente se baseia em categorias do processo civil.

A premissa teórica é a da constitucionalização do ordenamento jurídico, buscando-se, a partir daí, abordar e delinear a teoria do processo penal, específica, balizada pelos direitos e garantias fundamentais.

Há necessidade, ainda, sob pena do estabelecimento de considerações meramente superficiais, de se avançar para firmar a finalidade precípua do processo penal (a sua razão de ser) a partir de uma hermenêutica constitucional, isto é, de limitação do exercício do dever-poder de exercício da persecução criminal<sup>57</sup> pelo Estado e de proteção do indivíduo, em ordem a garantir a legitimidade de eventual pronunciamento jurisdicional que imponha uma sanção.

Nessa ordem de ideias, o presente estudo seguirá para a identificação e sistematização dos princípios informadores e conformadores do processo penal constitucional, ressaltando-se, para verticalização do recorte proposto, o acesso à justiça penal.

Referido enfoque proposto justifica-se pela relevância do tema e, em especial, pela existência de espaço para desenvolvimento teórico, mormente porque há pouca preocupação com uma abordagem própria do acesso à justiça na seara penal em relação ao processo civil.

Com efeito, a fim de delinear os contornos e conteúdos específicos do acesso à justiça penal, é imprescindível abordar, em relação ao referido princípio, a sua evolução histórica, as previsões normativas e as concepções doutrinárias.

Diante disso, o estudo apresentado busca alcançar conclusões acerca dos componentes específicos do acesso à justiça penal, relacionando-o à necessidade de mitigação do desequilíbrio entre as partes no processo penal.

---

<sup>57</sup> Entende-se que expressão “dever-poder de exercício da persecução criminal” deve suplantar a noção tradicional de “poder-dever de punir” ou “dever-poder de punir”, a fim de realçar que “a ação penal, quando de iniciativa pública, cuida-se de um dever, o dever-poder de exercício da persecução criminal. A ação penal é uma *class action*, pois o Ministério Público não age em nome próprio, senão em nome do povo ou da sociedade, aí incluída a vítima, que tem interesse na persecução penal, como forma de proteção dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva” (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 83)

## 2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Em caráter inicial, observados os limites deste estudo e com o escopo de estabelecer o marco teórico, convém abordar a posição da Constituição no ordenamento jurídico e os consectários daí decorrentes.

De acordo com Canotilho (2003), a Constituição ocupa posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas, daí se extraindo: a) a autoprímazia normativa (as normas constitucionais encontram fundamento de validade em si próprias); b) as normas constitucionais são fontes primárias de produção jurídica (fundamentos de validade para as normas inferiores, configuram-se como fontes de produção de outras normas, concedendo-lhes os fundamentos de validade); e c) a superioridade normativa determina que todos os atos dos poderes públicos devem estar conforme a Constituição.

Tavares (2020) faz uma abordagem histórica da primazia normativa da Constituição, a que qualifica como pressuposto do constitucionalismo. Segundo o autor, a ideia de atribuição de superioridade de determinadas leis remonta à Antiguidade Clássica. Em perspectiva historicamente mais próxima, faz-se menção a categorias de hierarquização normativa na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos, ressaltando-se, porém, que a ideia de supremacia constitucional não se implementou linear e concomitantemente na América e na Europa, uma vez que, nesta última, o Estado Constitucional e a criação de tribunais constitucionais surgem e firmam-se especialmente após a 1ª Guerra Mundial, já no século XX.

Já na América, o processo de independência das treze colônias em 1776 e a ulterior materialização da Constituição em 1791 trouxeram não só a fundamentalização, mas a constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

Sarlet (2018) esclarece que, apesar da discussão sobre a gênese da categoria jurídica dos direitos fundamentais, opondo a Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a primeira é a que marca a transição para os direitos fundamentais constitucionais, notadamente em razão das características de universalidade e supremacia dos direitos naturais. Com essa supremacia normativa e a posterior possibilidade de controle judicial (justiciabilidade), pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos como direitos fundamentais constitucionais, ainda que tal

status constitucional de fundamentalidade tenha sido consagrado formalmente somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791.

A supremacia constitucional até aqui tratada, em especial as noções de normas constitucionais como fonte de produção de outras normas (“norma das normas”) e de conformidade constitucional em relação a todos os atos dos poderes públicos, tem relevante relação com o fenômeno da constitucionalização do Direito.

Pela lição de Barroso (2018), cuida-se de expressão plurívoca, podendo ser referenciada à caracterização de um ordenamento jurídico baseado em uma Constituição dotada de supremacia em relação às demais normas ou à identificação de uma Constituição que incorpore formalmente temáticas afetas a ramos infraconstitucionais do Direito. Contudo, sua melhor compreensão diz respeito a um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam, material e axiologicamente, por todo o ordenamento jurídico.

O desenvolvimento teórico efetivo se estrutura, de fato, em relação à última acepção. Guastini (2003) entende a constitucionalização como um processo de transformação de um ordenamento a fim que se torne totalmente impregnado pelas normas constitucionais, de forma que a Constituição deve se revelar como invasora, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais. Com vistas à concretização desse conceito, o autor elenca e sistematiza condicionantes que o ordenamento deve satisfazer para ser considerado constitucionalizado, dentre as quais se pode citar a existência de Constituição rígida, o controle de constitucionalidade, a força vinculante da Constituição e a sua influência sobre as relações políticas.

Com efeito, a concepção das normas constitucionais como heterodeterminações positivas e negativas de normas hierarquicamente inferiores enseja a conversão do direito ordinário em direito constitucional concretizado (CANOTILHO, 2003).

### **3 BASES CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL**

A partir do delineamento teórico estabelecido no tópico anterior, parte-se para a abordagem do processo penal como expressão e concretização do direito constitucional, analisando-se, sob esse viés, a noção de instrumentalidade e os princípios processuais penais.

### 3.1 Noções iniciais: processo penal e o dever-poder de exercício da persecução criminal

A aplicação de sanção penal como consequência da violação de bens jurídicos por condutas criminosas é inerente à organização social, acompanhando a humanidade, mesmo nos agrupamentos mais primitivos e antes de qualquer aparato repressor formal.

A discussão sobre a origem do crime enquanto categoria jurídica é alheia ao escopo deste trabalho, contudo calha anotar que “o crime, em sua gênese, ademais de ser um fenômeno social, é ínsito ao ser humano. Assim, se é certo dizer que *ubi societas, ibi jus*, também é lícito afirmar que *ubi societas, ibi crimen*. Logo, *ubi crimen, ibi societas*” (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 38).

Essas considerações iniciais são necessárias porque não se cogita abordar o crime sem considerar a punição a ele decorrente, enquanto parte integrante desse fenômeno sociojurídico, principalmente para que se chegue à atual concepção do dever-poder de exercício da persecução criminal como monopólio estatal, instrumentalizado e limitado por um processo permeado de garantias, necessariamente jurisdicionalizado, com sanções previamente definidas e proporcionais à conduta punida.

Essa instrumentalização se justifica porque o *ius puniendi* não é autoexecutável, não há coerção direta, de forma que a sanção penal somente pode ser aplicada por órgão jurisdicional competente mediante a utilização de um instrumento adequado, isto é, o processo, que se caracteriza por sua imprescindibilidade (TUCCI, 2004, p. 27/28).

Alerte-se que não se trata de uma instrumentalidade mecanicista e objetiva, voltada exclusivamente à aplicação de uma reprimenda penal como forma de garantir a efetivação da pretensão acusatória. A instrumentalidade do processo penal, ao contrário, carrega consigo a noção de legitimação da jurisdição penal, com finalidade garantidora a partir das balizas constitucionais, conforme se verá no tópico a seguir.

### 3.2 A instrumentalidade no contexto do processo penal como “direito constitucional concretizado”

Retoma-se, no ponto, a lição referenciada acima, evidenciando-se que a supremacia das normas constitucionais lhes permite assumir a condição de heterodeterminações positivas e negativas. Em seu viés negativo, assumem a função de limitar as normas hierarquicamente

inferiores; no viés positivo, balizam parcialmente o próprio conteúdo dessas normas inferiores, a fim de que apresentem não só compatibilização formal, mas também conformação material (CANOTILHO, 2003).

Com essas considerações, a concretização constitucional do processo penal impõe a sua estruturação como instrumento de limitação e, por isso mesmo, de legitimação do poder punitivo do Estado.

A propósito, tem-se que a instrumentalidade do processo penal ostenta a característica principal de proteção dos direitos e garantias individuais, de forma que se qualifica como um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais e, portanto, a serviço do projeto constitucional. (LOPES JÚNIOR, 2012).

A dimensão constitucional do processo penal – ou seja, a (re)leitura de pressupostos, estruturas e finalidades a partir das bases constitucionais – revela que sua índole é de proteção e de garantia, buscando estabelecer os limites do uso da força estatal no exercício do *ius puniendi* em face daquele a quem se imputa uma conduta criminosa, estruturando um catálogo de direitos e garantias fundamentais que, a bem da proteção individual, guiará a intervenção punitiva estatal.

Cruz (2014) consigna que a qualificação de um processo penal como “democrático” é incompatível com uma preocupação unicamente repressora, pressupondo um conjunto mínimo de princípios e regras voltadas precipuamente para a proteção do indivíduo, de forma que, por tais razões, como já pontuado ao longo deste trabalho, não se pode compreender o processo penal como um simples instrumento objetivo que permita a aplicação de uma sanção penal.

Dentro dessa lógica, a fundamentação constitucional do processo penal e a sua aproximação com a democracia são abordadas por Prado (2001), ao referir que para o Sistema Penal, mais do que para qualquer outra área jurídica, a vinculação entre direitos fundamentais e poder legítimo, expressão da soberania popular, está baseada na vigência da democracia constitucional.

Resta evidenciado, assim, que o processo penal deve ser entendido como espaço de prevalência dos direitos fundamentais, os quais desempenham “função *fundamentadora, interpretativa e supletiva* desse microsistema jurídico” (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 184).

Estabelecido esse panorama, cumpre seguir para uma abordagem dos princípios constitucionais do processo penal, dentre os quais se destacará o acesso à justiça.

### 3.3 Princípios constitucionais do processo penal

A tutela penal – isto é, o exercício da jurisdição penal pelo Estado – opera-se, como visto, com fundamento nas normas constitucionais, o que leva à necessidade de identificação, na estrutura dogmática do processo penal, dos seus princípios estruturantes.

Os princípios, enquanto normas jurídicas qualitativamente distintas das regras, com maior grau de abstração e indeterminação, têm função estruturante e carregam forte carga axiológica. A par dessas considerações mais genéricas, analisando-se as tipologias dos princípios trazidas por Canotilho (2003), consigna-se que o desenvolvimento ora proposto diz respeito aos princípios-garantia, normas jurídicas dotadas de força determinada, positiva e negativa, que visam instruir direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos.

Dito isso, com vistas a identificar a estrutura do processo penal estabelecida pela Constituição de 1988 (CF88), as considerações a seguir assumirão viés marcadamente descritivo, firmando as bases para, posterior e verticalmente, incursionar no princípio do acesso à justiça, objeto específico deste trabalho.

Observa-se, assim, que do marco constitucional do processo penal decorrem os princípios do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da individualização e da humanização das penas (art. 5º, XLV, XLVI e XLVII)<sup>58</sup>, do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), da não-culpabilidade (art. 5º, LXXVIII), do sistema acusatório<sup>59</sup> e do acesso à justiça (art. 5º, XXXV e LXXIV<sup>60</sup>).

É óbvio que não se tem a pretensão de emprestar definitividade a esse rol de princípios constitucionais, porquanto sua definição, mais ou menos extensa, varia de acordo com a abordagem. A título de exemplo, Silva Júnior (2021) lista os seguintes princípios fundamentais do processo penal brasileiro: devido processo legal; presunção de inocência e da

<sup>58</sup> A previsão é marcadamente vinculada à execução penal, que deve ser entendida e inserida no escopo maior do processo penal, mormente ante a mudança de paradigma decorrente na jurisdicionalização da execução penal. Assim, a individualização da pena tem efeitos não só na atividade legiferante (fixação do preceito secundário – penas em abstrato – de cada crime) ou na definição da sanção penal pela autoridade judiciária (dosimetria da pena em concreto), como também na própria execução da pena em si, de forma que se entendeu pertinente categorizar como princípio-garantia do processo penal.

<sup>59</sup> Embora a CF88 não tenha referência expressa ao sistema acusatório, o princípio decorre de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, em especial a partir da previsão do art. 129, I, que conferiu ao Ministério Público, titular da ação penal, a privatividade da promoção das ações penais públicas.

<sup>60</sup> Como se verá a seguir, embora tal princípio tenha referidos dispositivos como ponto de partida, o seu âmbito de tutela é materialmente mais amplo (tópico 4, *infra*).

presunção de não culpabilidade; acusatório; inviolabilidade da intimidade; ampla defesa e liberdade. Carvalho (2006) trata, no âmbito do processo penal, dentre outros, dos princípios da dignidade, da isonomia e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Já Tucci (2004)<sup>61</sup> elenca, ainda, as garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal.

Registrada essa ressalva, parte-se à análise específica do acesso à justiça penal.

#### 4 ACESSO À JUSTIÇA PENAL

O acesso à justiça é pressuposto ao exercício dos demais direitos garantidos ao cidadão, apresentando-se multifacetado e complexo, bem além do acesso ao Poder Judiciário ou do mero reducionismo a instrumento de viabilização de resolução de conflitos.

Em um resgate histórico mais longínquo, identifica-se referência à lógica de acesso à justiça no Código de Hamurabi e no Antigo Testamento, com previsões que dizem respeito à existência de figuras investidas de autoridade responsáveis pela solução de conflitos na sociedade (SALLES, 2019).

Avançando bem mais no curso histórico, a pretensão de proteção jurídica foi prevista pela Magna Carta em 1215. Contudo, a Revolução Francesa de 1789 trouxe o ideal de que a justiça deve ser acessível a todos, sendo certo que a gratuidade da justiça foi prevista na Constituição Francesa de 1791 e em todas as seguintes até 1848 (PEDROSO, 2011).

Não se pode afirmar que o acesso à justiça trilhou um caminho de desenvolvimento progressivo e regular desde então. Para que não correr o risco de inserir em anacronismo, a análise dessa categoria jurídica, do ponto de vista contemporâneo, vai tomar por base o movimento gerado a partir da Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil (Florência, Itália, 1971). Isso porque o surgimento do “movimento do acesso à justiça” e a sistematização das três ondas renovatórias representaram profunda mudança de paradigma social, político e jurídico em relação à temática (PINHO, 2019).

---

<sup>61</sup>O autor entende que a expressão “princípios constitucionais do processo penal” é tomada em generalizada e equivocada interpretação, propondo a abordagem em relação ao que denomina de “regramentos constitucionais atinentes ao processo penal”.

O Projeto Florença resultou em publicação científica, dirigida por Mauro Cappelletti, com o auxílio de Bryan Garth, de 04 (quatro) volumes distribuídos em 06 (seis) tomos em língua inglesa, sendo a pesquisa pautada em uma visão comparativa e por meio de abordagem multidisciplinar do problema da acessibilidade aos direitos. Destaque-se que, no primeiro tomo do volume I, há a síntese do movimento do acesso à justiça – conhecido como *general report* – traduzido para a língua portuguesa e com vasta circulação no Brasil (SALLES, 2019).

Nessa parte da obra, consta, justamente, a estruturação das três ondas renovatórias<sup>62</sup>, além da indicação da lógica subjacente a essa virada paradigmática no sentido do acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos, de forma que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPELLETI; GARTH, 1988).

O consequente desenvolvimento da compreensão do acesso à justiça afastou-o de qualquer caráter reducionista, como mero instrumento de garantia de outros direitos, exsurgindo parcela substancial referenciada à efetividade de direitos.

Horácio Wanderley (1994) destaca o sentido e o conteúdo do acesso à justiça partindo de uma visão axiológica de “justiça”, compreendendo o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Salles (2019) aborda a concepção ampliada de acesso à justiça, além da simples utilização do sistema judiciário, englobando a análise do contexto sócio-político-cultural, com a consideração do grau de informação jurídica do cidadão e o nível de acessibilidade aos direitos. Essa conceituação assemelha-se a de Pedroso (2011) para quem o “acesso à justiça e ao Direito” envolve o conhecimento e consciência dos direitos, a facilitação do seu uso, a representação jurídica e judiciária por profissionais habilitados para tanto, bem como a resolução judicial e não judicial de conflitos.

#### **4.1 Parâmetro constitucional: acesso à justiça e fundamentalidade material**

---

<sup>62</sup> A primeira onda renovatória corresponde à garantia de assistência jurídica aos pobres; a segunda onda, à representação dos interesses difusos (“assim chamados aqueles interesses coletivos ou grupais”) e, por fim, à terceira, novo enfoque do acesso à justiça, tomado para além da representação judicial, envolvendo reformas vinculadas a alterações em procedimentos, mudanças em estruturas dos tribunais, modificações no direito substantivo para evitar litígios e utilização de mecanismos privados ou informais de solução de conflitos.

A análise do catálogo de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988 revela a previsão do art. 5º, XXXV no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa formulação se vincula não apenas à noção de inafastabilidade da jurisdição, mas, além disso, encerra direito fundamental ao acesso à ordem jurídica justa, à informação jurídica e a todos os consectários do acesso à justiça em sua acepção mais ampla, devendo sua leitura ser conjugada, ainda, com o art. 5º, LXXIV, CF88 (“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”).

A esse respeito, MITIDIERO; MARINONI; SARLET (2018) tratam do art. 5º, XXXV, CF88 como revelador do direito à tutela jurisdicional, com âmbito de proteção muito mais largo do que as disposições constitucionais anteriores (1956 e 1967), devendo ser analisado pelo menos sob três perspectivas: acesso à justiça; adequação da tutela e efetividade da tutela.

A percepção ampliada de acesso à justiça para além da inafastabilidade da jurisdição (acesso formal ao Judiciário) está, portanto, implícita na previsão do art. 5º, XXXV, CF88, conclusão que é possível em razão da cláusula de abertura material prevista no art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988.

Acerca dos direitos fundamentais implícitos, além da possibilidade de estruturação de um novo direito fundamental a partir daqueles já constantes no catálogo, há a viabilidade de extensão do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, não se tratando, nesse último caso, de criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado (SARLET, 2018).

Firmadas as premissas conceituais e a base constitucional do acesso à justiça, parte-se, a seguir, à especificação e delimitação conceitual na perspectiva do processo penal.

#### **4.2 Acesso à justiça no processo penal constitucional**

A perspectiva histórica do movimento do acesso à justiça deixa clara sua gênese no processo civil e, como não poderia ser diferente, a construção dogmática se pautou pela lógica e pelas categorias a ele vinculadas.

Não é nova a constatação de que o processo penal é, por vezes, tratado como anexo do processo civil, recebendo institutos e categorias jurídicas alheias à sua realidade teórica.

Ocorre que existe a peculiaridade de que “na justiça penal há, por assim dizer, uma procura forçada da justiça, nomeadamente por parte do réu” (SANTOS, B., 1999, p. 146)

Os interesses subjacentes e os sujeitos processuais, porém, são distintos, de forma que no processo penal, em vez de uma pretensão resistida do ponto de vista civil clássico, há uma pretensão acusatória estatal em face de um particular (relação verticalizada e de sujeição), a qual deve ser deduzida necessariamente por meio do processo, enquanto instrumento de garantia e de limitação. Do ponto de vista subjetivo, o processo penal não tem “partes livres e iguais – como o processo civil, por exemplo, dominado pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual –, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade” (SANTOS, C., 2014, p. 633/634).

Nesse sentido:

Se o fim precípua do processo civil é a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, no processo penal o que se disciplina é o exercício do dever-poder de punir do Estado, que somente pode aplicar a lei mediante o auxílio do Judiciário. O processo penal, por conseguinte, limita o exercício do poder de punir os ilícitos criminais, porque a sanção não pode ser imposta senão mediante autorização judicial, formada em um procedimento no qual sejam respeitados os direitos fundamentais encartados na Constituição e as demais regras processuais complementares. Isso faz com que os direitos fundamentais, declarados sob a forma de princípios na Constituição, sejam vistos e tenham alcance no processo penal diferenciado daquele que lhes é emprestado no processo civil. (SILVA JÚNIOR, 2021, p.188)

Ademais, não se pode cogitar de desjudicialização penal, isto é, inexistente a possibilidade de uma jurisdição penal não estatal, ao contrário da importância cada vez maior dada, no processo civil, aos meios desjudicializados de resolução de conflitos, a partir da ideia do Judiciário como último degrau na escalada no conflito (PINHO, 2019).

#### 4.2.1 Relação de assimetria das partes

Na estrutura constitucional do processo penal brasileiro, cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal (art. 129, I, CF88), que ocupará, ressalvadas as ações penais de natureza privada e subsidiária da pública, o polo ativo.

Essa constatação, aliada à conformação institucional do Ministério Público, dotado de estrutura de Poder, faz que haja evidente assimetria na posição dos sujeitos processuais.

O próprio Ministério Público pode, por si só, presidir e desenvolver investigações criminais, tendo à sua disposição instrumental baseado no poder de requisição (art. 129, VIII, CF88), ressalvando-se, evidentemente, as situações sujeitas à reserva de jurisdição. No mais, há possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial, do qual é o principal destinatário<sup>63</sup>, ao que se alia a função institucional de realizar o controle externo da própria atividade policial (art. 129, VII, CF88).

Ainda seguindo a lógica delineada, o indivíduo – mesmo antes de estar em juízo enquanto parte – pode ser submetido a restrições em seus direitos (medidas cautelares pessoais e reais, v.g. prisões preventivas, busca e apreensão, sequestro de bens) por iniciativa do Ministério Público, desde que, evidentemente, chanceladas pelo Judiciário. De qualquer sorte, há um poder de sujeição unidirecional de uma das partes em relação à outra que evidencia a assimetria processual.

Demais disso, é possível classificar o Ministério Público como “jogador habitual” (“*repeat player*”) e o acusado criminal como participante eventual (“*one-shooter*”), na tipologia proposta por Marc Galanter (2018) para o estudo das partes em disputa. Embora o autor alerte que se trata de simplificação e que as categorias não são estanques – chegando a citar o “criminoso profissional” como caso intermediário – é certo que podem ser consideradas algumas vantagens ao primeiro grupo, dentre outras: a) por já terem feito isso antes, têm conhecimento prévio; b) desenvolvem *expertise* e têm pronto acesso a especialistas; c) têm oportunidades para desenvolver relações informais facilitadoras com os encarregados institucionais.

Com efeito, o processo penal é estruturado sob uma relação assimétrica que dá ensejo à vulnerabilidade daquele em face de quem é dirigida a persecução penal, de forma que o acesso à justiça, na acepção ora tratada e sob os influxos de um processo penal conformado pela Constituição, deve ter como fundamentos a superação dessa vulnerabilidade e a mitigação do desequilíbrio subjetivo.

#### 4.2.2 Acesso à justiça e o reequilíbrio do processo penal

---

<sup>63</sup> Observe-se que, com a edição da Lei 13.964/2019, o art. 28, CPP afastou a interferência judicial no arquivamento do inquérito policial, cuja homologação caberá à instância de revisão ministerial (dispositivo com eficácia suspensa pela medida cautelar concedida pelo STF nas ADIs 6298, 6299 e 6305, Rel. Min. Luiz Fux).

Conforme premissas já assentadas ao longo desse trabalho, a instrumentalidade constitucional do processo penal lhe torna instrumento de limitação do dever-poder de exercício da persecução criminal pelo Estado.

Com efeito, a pedra de toque do acesso à justiça criminal é o reforço e a constante potencialização do imputado como sujeito de direitos – e não mero objeto da persecução penal comandada pelo Estado –, com capacidade de escolhas e de influência efetiva no resultado do processo penal. Não à toa, “falar de democracia no processo penal reclama a elevação do acusado à condição de protagonista da atividade processual” (CRUZ, 2014, p. 216).

Parte importante desse protagonismo envolve, inclusive quanto à estratégia e à atuação defensiva, a garantia de todo o suporte para tomar decisões conscientes que impactem sua situação processual. Deve-se garantir ao imputado a possibilidade real de influência no processo penal.

Avançando na discussão proposta, chega-se à proposta de Tucci (2004), o qual trabalha a garantia de acesso à justiça criminal a partir de dois pilares: acessibilidade econômica e acessibilidade técnica.

Quanto ao primeiro, faz menção, dentre outros aspectos, à necessidade de garantia pelo Estado de assistência jurídica gratuita e eficiente ao necessitado e à importância do fortalecimento da Defensoria Pública.

No que tange ao segundo, aborda a imprescindibilidade de representação processual técnica em favor do imputado, garantia que deve ser assegurada inclusive na fase investigatória, o que trata como corolário da igualdade das partes e da paridade de armas. Aludida atuação não pode se configurar como meramente formal ou passiva, envolvendo todas as atividades nos âmbitos da informação, consultoria, orientação jurídica prévia e atuação concreta no interesse daqueles que têm contra si o Estado-acusação.

Cumprido, no ponto, retomar as considerações anteriores para enfatizar que a acessibilidade técnica é instrumental, e não um fim em si mesma, de modo que não se deve emprestar uma atenção superlativa ao profissional técnico em completo detrimento do sujeito de direitos em si, que precisa compreender o processo penal, as razões da imputação e, a partir daí, participar ativamente de sua defesa, evidentemente em conjunto e com auxílio técnico dos profissionais habilitados. A defesa não pode ser assistencialista, senão emancipatória.

É nessa ordem de ideias – e a partir dos delineamentos ora tratados – que surge importante parcela do acesso à justiça penal: a acessibilidade informacional, relativa ao acesso e, principalmente, à compreensão da informação jurídica.

Não há dúvidas da intrínseca relação entre o acesso à informação e a efetivação de direitos. Observe-se:

O fim da informação jurídica é, pois, o de proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos. O conteúdo da informação é suscetível de abranger, por um lado, as disposições e os procedimentos relativos à própria consulta jurídica e ao apoio judiciário e, por outro, as disposições legais tendentes à proteção dos direitos e interesses dos cidadãos. Impõe-se que o público em geral conheça o essencial do seu sistema de justiça e que o direito se torne acessível a todos os que a ele estão sujeitos. (PEDROSO, 2011, p. 222)

Observe-se que o Código de Processo Penal prevê por exemplo: a) que no interrogatório, após a qualificação, o réu deve ser cientificado do inteiro teor da acusação, além de ser perguntado sobre as provas já produzidas (arts. 186 e 187, §2º, IV, CPP); b) a necessidade de expedição e entrega de nota de culpa ao flagranteados em que deve ser declinado o motivo da prisão (art. 306, §2º, CPP). Já a Constituição Federal estabelece no rol do art. 5º (inciso LXIII) que o preso deve ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer em silêncio.

Essas previsões, topicamente apresentadas, revelam a importância jurídica da transmissão da informação, em especial em um processo penal no marco constitucional. Contudo, a realidade forense revela, cotidianamente, o completo desconhecimento dos imputados sobre o andamento processual e o encadeamento de atos, a assinatura de documentos (v.g. mandados de citação, termos de compromisso de medidas cautelares), sem compreensão mínima de seu conteúdo e o desconhecimento das provas subjacentes à acusação.

A acessibilidade informacional exige muito mais do que um cumprimento meramente protocolar, ainda mais quando se tem em conta que as pessoas sujeitas à persecução penal, em especial as privadas de liberdade<sup>64</sup>, têm, estruturalmente, déficit social e econômico, estando suscetíveis à violação de direitos e à “coisificação” processual.

---

<sup>64</sup> O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2017) revela que 51,3% das pessoas privadas de liberdade no Brasil possuem o Ensino Fundamental Incompleto, 14,9% têm Ensino Médio Incompleto e 13,1% completaram o Ensino Fundamental Completo. O percentual de presos que possuem Ensino Superior Completo é de 0,5%.

O acesso à informação e a garantia de que essa informação é compreendida pelo seu destinatário são instrumentos de superação dessas privações e, conseqüentemente, de qualificação desse indivíduo como sujeito de direitos, propiciando a democratização do processo penal. Não à toa, Pedrosa (2011), considera o acesso ao direito e à justiça como um indicador da qualidade da democracia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição, dotada de força normativa vinculante e de supremacia hierárquico-normativa, ocupa posição central no ordenamento jurídico, conferindo-lhe estrutura axiológica, de forma que a produção, a interpretação e aplicação de toda norma jurídica devem ser efetivadas à luz dos preceitos constitucionais.

O processo penal, condicionado e conformado pela Constituição, deve ser compreendido como instrumento de limitação e, portanto, de legitimação do dever-poder de exercício da persecução criminal pelo Estado, servindo como espaço de maximização dos direitos fundamentais.

Esse modelo de processo penal é balizado por princípios constitucionais, cujas premissas são a proteção do indivíduo e sua afirmação constante enquanto sujeito de direitos e não mero objeto da atividade persecutória estatal, destacando-se, no recorte ora proposto, o acesso à justiça.

O acesso à justiça vai além do acesso ao poder judiciário e da formal garantia de inafastabilidade da jurisdição, englobando, materialmente, a efetividade de direitos. Considerando a diferença de interesses envolvidos e a necessária jurisdicionalização da tutela penal, pontua-se a necessidade de delineamento específico e autônomo do acesso à justiça penal, partindo-se do pressuposto de assimetria e desequilíbrio entre as partes, tendo em vista a relação vertical entre Estado-acusador e indivíduo-imputado.

O acesso à justiça penal é perpassado por uma lógica de reequilíbrio da relação processual, com destaque para o indivíduo em um enfoque emancipatório, a fim de que possa influir efetivamente no resultado do processo, ressaltando-se, em especial, a necessidade de efetiva compreensão a partir do acesso qualificado à informação jurídica.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 20.ago.2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 20.ago.2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça, 2017. Disponível: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatoriossinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 23.ago.2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um processo penal democrático. **Direito em Ação**, Brasília, v.12, n.1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5867/3814>. Acesso em 20.ago.2022.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito**. Organização e tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25816?show=full>. Acesso em 15.ago.2022.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. CARBONELL, Miguel (ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid:Trotta, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. Ed. São Paulo, 2012.

PEDROSO, João Antônio Fernandes. **Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças**. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre civil law e common law. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Università Degli Studi di Perugia, Itajaí, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pósmodernidade. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. 3. ed. Natal: OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 4. ed. Natal: OWL, 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

## ACCESS TO JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL PROCEDURE

### ABSTRACT

The study analyzes the access to criminal justice, treating its specificities according to the constitutional framework of the criminal procedure, which represents an instrument of guarantee and limit to the criminal prosecution. To this end, an initial approach is made to the constitutionalization of the legal system, since it is necessary to understand why the criminal process has been shaped by constitutional norms. In sequence, the criminal procedural model is analyzed from its constitutional instrumentality and the principles applicable to the State-accused relationship, among which access to justice will be highlighted. To this extent, general notions are presented regarding the historical evolution, the content and the constitutional parameters, in order to, in a more specific incursion, deal with access to justice in the criminal process, with its own parameters, distinct from those of the civil process. It is concluded that access to criminal justice is directly related to the subjective balance in the process and the strengthening of the individual as the subject of rights, in an emancipatory way, mainly from the accessibility to legal information and the qualified understanding of their rights and duties.

**Keywords:** Access to justice. Constitutional criminal procedure. Balance between procedural subjects.