

6

Acesso a Justiça Penal no Estado Democrático de Direito: a ampla defesa como meio de igualdade entre partes

A análise que este trabalho se propôs a fazer sobre as tensões entre poder e liberdade no sistema penal brasileiro é submetida ao último teste: *a confrontação com as regras e princípios previstos na Constituição da República de 1988*.

O conteúdo ideológico que precedeu a reestruturação do processo penal por disposições constitucionais é absolutamente diverso daquele que informou a elaboração original do Código de Processo de Penal. O processo penal é redesenhado, sofrendo profundas modificações.

A exclusividade do Ministério Público para a iniciativa da ação penal pública, a imparcialidade do juiz e o sistema de garantias e direitos assegurados ao acusado transfiguram a feição do processo penal autoritário e clientelista. Com efeito, este capítulo tem por finalidade analisar as disposições constitucionais endereçadas ao acusado, a fim de otimizar a efetiva participação na formação do provimento final judicial.

O confronto com o arquétipo de cidadão formado na sociedade brasileira destina-se a afastar aquelas disposições estereis e contribuir, de fato, para que o processo penal, como espaço público, reflita o ideal democrático de plena e *ampla* participação na formação de resultados, relativamente incertos, amenizando, assim, os efeitos da desigualdade material:

“Embora, claro, a Justiça Criminal não possa eliminar ou conter todas as desigualdades sociais como um todo, deve certamente fazer o que pode, em sua própria esfera, para promover a igualdade e outros direitos fundamentais”¹

6.1

O justo processo como ideal democrático.

A opção pela democracia impõe mudança de postura do Estado frente ao indivíduo. Uma mudança que passa, inevitavelmente, por fincar no indivíduo a origem e a legitimidade do poder estatal, e identificá-lo como autêntico sujeito de deveres, mas, sobretudo, de direitos.

¹ HUDSON, Bárbara. Direitos Humanos e “Novo Constitucionalismo”: princípios de Justiça para sociedades divididas. Em *Direito Humanos e Democracia*. Coord. CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, pg. 22.

A Constituição da República de 1988 adotou formal e materialmente a opção por constituir no Brasil o regime democrático, depositando no povo os rumos da soberania política. O povo participa ativamente na formação do Estado Político, por meio de eleições livres e diretas.

O processo, especialmente o de natureza penal, também encerra um espaço público pela necessária intervenção do Estado em face dos fins perseguidos de estabilidade interna e externa da ordem social, e das conseqüências possíveis na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos².

Entretanto, a nota distintiva do processo penal que se procura afirmar neste trabalho não é realizar-se apenas como espaço público, mas, sobretudo, como espaço democrático, no sentido “*de efetivação da participação do réu em todas as fases do procedimento, e garantista no sentido da exigência de instituição de regras e princípios que realizem concretamente a igualdade material*”³.

E esse ideal somente se realiza se o provimento final for incerto e se os interessados se virem reconhecidos como autênticos sujeitos de direito:

“Os sujeitos de direito, diferentemente dos sujeitos do direito, são ao mesmo tempo dotados de direitos e co-autores do direito. Ter direitos é ter, antes de tudo, o direito de participar do debate sobre o direito, de ser autor direta e indiretamente do seu próprio direito. Restituir ao indivíduo dominado, determinado, sob pressão da exclusão social, sua dignidade como sujeito de direito, despertando nele sua vocação soberana”⁴.

O processo penal deve constituir-se, além de necessário instrumento de aplicação da pena estatal, como imprescindível freio ou limite ao poder de intervenção sobre a esfera de direitos do indivíduo. Sob as luzes da epistemologia garantista de LUIGI FERRAJOLI⁵, o reconhecimento da identidade pública, aos fins de tutela do inocente e punição dos culpados, pelo processo penal torna-se fundamental para estruturar o processo em favor do acusado.

A tutela do inocente, portanto, assume tríplice finalidade: 1) expurgar os estigmas que se projetam no acusado, herança do modelo anterior, centrado na

² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 41.

³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Op. Cit. p. 23.

⁴ GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, 2ª edição, maio de 2001, p. 201.

⁵ Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pg. 537.

presunção de culpa; 2) constituir o processo como legítimo escudo de proteção em favor da liberdade; e 3) otimizar a participação do acusado, impondo deveres a outros sujeitos processuais, como Ministério Público e Juiz.

O justo processo que se persegue materializa na proteção do inocente, de reconhecida hipossuficiência em relação ao Estado, mediante a garantia de efetivo acesso ao Poder Judiciário, em condições que lhe permita, como sujeito de direitos, participar igual e concretamente na formação do provimento final.

6.1.1 Restaurando as desigualdades: a hipossuficiência do acusado no processo penal.

A expressão “hipossuficiente” não é de uso corrente no processo penal, embora absolutamente oportuna, quando se perquire pela participação do acusado.

Incomum, haja vista o Estado assegurar, no plano formal, uma série de garantias e direitos que visam proteger a esfera de liberdade do indivíduo, quando submetido à intervenção estatal, mormente, pelo processo penal (art. 5º da Constituição da República)⁶. Num contexto social, político e econômico favorável, essas garantias se realizariam em concreto, permitindo que todo aquele submetido ao processo na condição de acusado, participasse de modo efetivo na construção da verdade que ele procura encerrar.

Por outro lado, revela-se oportuna porque, os fatores “endógenos” e “exógenos” que moldam a estrutura legal do processo penal brasileiro e informam a ideologia que o justifica⁷, conflitam para que essas garantias e direitos não se realizem na prática judiciária.

Com efeito, a hipossuficiência do acusado justifica-se, tanto em função da *aparente* cidadania que envolve a maioria da população brasileira, principalmente aqueles pré-selecionados pelo sistema penal, quanto em função da estrutura processual com resquícios do inquisitivo, que insiste em moldar o processo como instrumento de controle sobre o indivíduo, concretizando-se na desigual participação do acusado no processo público.

O reconhecimento da hipossuficiência do acusado, independente de outros

⁶ Garantias penais, processuais penais e de execução de pena.

⁷ Vide capítulo 05.

traços distintivos, faz-se necessário para despertar os sentidos e velar pela real e material igualdade de partes. Se, de um modo geral, o Estado ingressa no processo em posição de vantagem em relação ao acusado, deve-lhe ser assegurado os meios para que essa desigualdade seja compensada dentro do processo.

EUGENIO PACELLI DE OLIVEIRA conclui que, para a configuração da igualdade de partes, “*será necessária a adoção de critérios hermenêuticos que possibilitem a materialização do equilíbrio desejado, de tal maneira que o acusado passe a ocupar uma posição de aparente vantagem no desenvolver-se do processo*”⁸.

6.1.1.1 O Acesso à Justiça Penal

Segundo informa MAURO CAPPELLETTI, “*o conceito de acesso a Justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil*”. Embora sua definição seja difícil, o autor italiano determina duas finalidades básicas: “*sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios pelo Estado*”⁹.

Com efeito, é sobretudo no processo civil que a expressão “acesso à justiça” ganhou fôlego e *status* de verdadeiro direito social. Nas palavras de BOAVENTURA SOUZA SANTOS, “*o tema do acesso a justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica*”¹⁰.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social exerceu importante papel na consolidação do acesso à Justiça como redutor das desigualdades que marcam a dialética estrutura do ingresso no processo civil, atenuando os obstáculos que impediam ou dificultavam a jurisdicionalidade do conflito submetido ao Judiciário.

No processo penal, o ingresso do suspeito/acusado não é voluntário; antes, é compulsório, ou seja, pela natureza pública dos fins perseguidos e dos interesses afetados, o indivíduo é submetido ao Poder Judiciário independentemente de sua

⁸ Op. Cit. p. 76.

⁹ Acesso a Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

¹⁰ Pela Mão de Alice. O social e o Político na pós-modernidade. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 167.

vontade ou interesse.

Essa particular situação que retira a espontaneidade/voluntariedade do ingresso, torna inadequado apropriar-se da expressão “acesso à Justiça” para referir-se aos direitos que nascem para o indivíduo com a “submissão” ao Poder Judiciário?

O assunto não é adequadamente enfrentado pela doutrina. A questão é simplificada e utilizada como corrente no espaço jurídico. Mas BOAVENTURA SOUZA SANTOS, em nota de rodapé, esclarece que “*na justiça penal há, por assim dizer, uma procura forçada da justiça, nomeadamente por parte do réu; no entanto, a nível global, pode igualmente falar-se em procura social da justiça penal*”¹¹.

A procura social, objeto da justiça penal, não pode consistir em outra coisa senão na proteção dos direitos fundamentais, da sociedade e do acusado, entre os quais o de uma participação igualitária e eficiente na construção do provimento final. O acesso a Justiça Penal se consolida, portanto, na garantia do contraditório e, especialmente, no direito de ampla defesa, a impor não somente ônus, mas também deveres aos demais sujeitos do processo.

6.1.1.2 Contraditório entre partes.

O contraditório é resgatado no sistema misto e efetivado no sistema processual de tipo acusatório, e visa não somente consolidar a natureza dialética do processo mas, sobretudo, estabelecer a igualdade entre partes no processo penal - *quem acusa e quem se vê acusado*:

“O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se, não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imunes a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo”¹².

Uma igualdade que não se esgota na mera contradição ou na polêmica

¹¹ Op. Cit. p. 167.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit. p. 224.

instaurada dentro do processo. AROLDO PLINIO GONCALVES esclarece a dimensão atual do contraditório, numa perspectiva que rompe com a consolidada teoria do processo como relação jurídica:

“(...) o contraditório é a garantia da participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor”¹³.

Entretanto, a igualdade afirmada no contraditório entre partes no processo penal brasileiro, com previsão no art. 5, LV da Constituição da República, não tem a capacidade de sanar as desigualdades materiais daqueles submetidos ao processo. PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA afirma que:

“O contraditório é absolutamente necessário, e essa imprescindibilidade ignora o estado de desigualdade entre os sujeitos envolvidos no processo penal. (...) Mas, insista-se, ao ignorar a desigualdade entre os indivíduos, o contraditório toma os interesses por iguais, para o processo e para o juiz. E assim, a imprescindibilidade e eficácia do contraditório na persecução penal minimizam a desigualdade que existe entre os sujeitos parciais envolvidos no conflito penal”¹⁴.

A participação no processo em contraditório designa direito à informação e possibilidade de impugnação. Para atender ao postulado, não se exige das partes a efetiva manifestação ou participação, mas que seja apenas assegurada a oportunidade de praticar o ato equivalente. Não por acaso, EUGENIO PACELLI DE OLIVEIRA visualiza na ampla defesa a nota distintiva do processo penal, e não no contraditório: “(...) o princípio da ampla defesa, mais do que a exigência do contraditório, está a impor que a pretensão condenatória seja efetivamente resistida”¹⁵.

Na realidade, o contraditório afirmado entre as partes dentro do processo, por si só, não equilibra a desigualdade já instalada no processo público pela aparente cidadania dos jurisdicionados. Antes, evita que, dentro do processo, as

¹³ Técnica Processual e Teoria do Processo. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, pg. 120. O conceito que nasce do seio da teoria geral do processo e remete sua aplicabilidade ao processo civil, pela relação de causa e efeito que encerra o provimento final, não impede seja apreendido também no esfera do processo penal. Segundo o autor, “no processo penal, os interessados no ato final são o acusado e o Estado, que atua como parte através do Ministério Público. Entre eles o contraditório se desenvolve”. p. 130. Naturalmente, por fugir ao escopo deste trabalho, não se introduz a discussão acerca da natureza jurídica do processo, se relação jurídica ou se situação jurídica, conforme alinha-se o autor, inspirado na obra de ELIO FAZZALLARI.

¹⁴ Op. Cit. p. 92.

¹⁵ Op. Cit. p. 100.

partes tenham diferentes oportunidades e que a posição de vantagem se consolide¹⁶. Fato é que, em sistemas jurídicos como o do Brasil, a garantia do contraditório, apesar de fundamental para instalar a igualdade entre partes, acaba consolidando a desigualdade material que precede a formação do processo.

6.1.1.3 Ampla defesa.

A natureza pública do processo penal impõe um exercício efetivo de defesa na formação do provimento final incerto. A legitimidade dos efeitos da sentença, pela necessária repercussão na esfera dos direitos fundamentais, realiza-se na concreta e real participação dialética entre acusação e defesa, e não na possibilidade de reação.

A defesa ativa, efetiva e real, especialmente em juízo, constitui *conditio sine qua non* para o Estado, pelo processo, vulnerar a esfera de liberdades do acusado e validar as conseqüências advindas. Essa imposição, ou indeclinável, exigência funda-se, sobretudo, na tutela do inocente que deve orientar o processo penal de tipo acusatório, e não somente a persecução de uma pena ou na formação de um culpado.

A defesa tem um papel essencial no esquema epistemológico de LUIGI FERRAJOLI, a ponto de constituir um dos dez axiomas que dão suporte ao modelo do garantismo penal - *nulla probatio sine defesione*¹⁷.

Preocupado com a desigualdade formal e material instalada entre os órgãos de acusação e defesa, o jurista italiano chega a propor a criação de uma instituição chamada *Ministério Público de Defesa*, em contraposição ao *Ministério Público de Acusação*, dotada de mesmas prerrogativas na formação da prova em juízo e fora dele, sobre os órgãos administrativos incumbidos das investigações preliminares, e com atuação complementar, subsidiária e subordinada às estratégias do defensor constituído, único “*modo de eliminar a disparidade institucional que de fato existe entre acusação e defesa*”.

¹⁶ Note-se, oportunamente, que PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA, ao desconsiderar as desigualdades materiais que se formam externamente ao processo, procura compensar essa inferioridade não levada em consideração dentro do processo “*pela garantia de não ser culpado antes da sentença condenatória transitada em julgado, garantia esta que existe para atender a igualdade constitucional*”. Op. Cit. p. 94.

¹⁷ Op. Cit. p. 537.

Essa exigência de efetiva defesa, naturalmente, incide de modo mais acentuado sobre a dimensão da defesa técnica, realizada por profissional inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. É ele quem representa, em juízo, os interesses do acusado e do Estado na proteção do inocente.

Novos segmentos da doutrina processual penal brasileira, alinhados direta ou indiretamente ao garantismo penal de LUIGI FERRAJOLI, confirmam o indisponibilidade de efetiva defesa em juízo, e não mera faculdade.

AURY LOPES JÚNIOR, primeiro interpretando GAETANO FOSCHINI, aduz que “a defesa técnica é considerada indisponível, pois além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato”, e depois MORENO CATENA, afirma que:

*“a defesa técnica atua também como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, estabelecido para que sejam cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes. É, na realidade, uma satisfação alheia à vontade do sujeito passivo, pois resulta de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do due process of law”*¹⁸.

EUGENIO PACELLI DE OLIVEIRA, afirma que “o defensor, seja ele dativo (oferecido pelo Estado), permanente ou ad hoc, seja constituído (pela parte), é verdadeiramente obrigado a postular em favor do acusado, não estando a seu alcance qualquer disponibilidade desse dever”.

A práxis judiciária, entretanto, não reconhece na defesa técnica um *dever-ser*. A tradição inquisitória e a sanha de formar um culpado continuam a afirmar a defesa técnica apenas como um *ser*. À realização da defesa técnica, basta que se nomeie ao acusado um advogado ou defensor, público ou dativo, e lhe informe o processamento do feito, independentemente da contribuição ou resistência que ele ofereça à pretensão acusatória.

Se ele comparecer como ouvinte aos atos judiciais do processo, está realizado o direito de ampla defesa. Nesse sentido, veja-se a anotação da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”¹⁹.

Na realidade latino-americana, em que o processo de formação da cidadania

¹⁸ Op. Cit. p. 229.

¹⁹ Vide Código Penal, Código de Processo Penal, ..., Op. Cit. p. 1045.

restou incompleto ou *aparente*, a imprescindibilidade do exercício de defesa efetiva e real revela-se ainda mais necessária. As desigualdades materiais que marcam as sociedades, expostas nos capítulos 02 e 03, projetam-se dentro do sistema penal formal, conforme capítulos 04 e 05. A defesa técnica como *ser* e não como *dever-ser* do acusado acaba reduzindo-se a mais um filtro que confirma a seletividade do sistema penal.

É necessário repensar a participação do acusado no processo penal, os contornos da intervenção do advogado, para evitar que, sob a máscara de um falso estratagema, compactue com a desídia, incompetência, despreparo e divergências, pessoais e morais, do defensor. Sem o exercício de defesa técnica, o ideal de igualdade no processo penal realiza-se senão e somente no plano imaginário e, mesmo assim, daquela minoria que se “diz” cidadão. O processo penal, mesmo de feição constitucional, esgota-se na retórica igualdade formal que fundou o Estado Liberal burguês.

6.1.2

A “mal” compreendida imparcialidade judicial como entrave a uma participação efetiva pelo acusado.

A reestruturação do processo penal pelo princípio acusatório, introduzido pela Constituição da República, alcançou também o juiz, como órgão do Poder Jurisdicional. A exclusividade do Ministério Público para a propositura da ação penal pública repercute, não somente na titularidade para iniciar o processo, como também, e principalmente, nos poderes probatórios do juiz. A separação entre acusar e julgar impôs novas restrições ao papel do juiz no processo penal.

O Juiz é provocado a funcionar no processo não como interessado, mas como sujeito processual equidistante às partes, incumbido de velar para que a dialética processual entre acusação e defesa, consolidada pelo princípio do contraditório, realize-se concretamente. O resultado final alcançado pelo processo deve ser produto da ação e reação das partes. Segundo GERALDO PRADO, a imparcialidade do juiz vincula-se à segurança “*das partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõem durante o processo*”²⁰.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de Justiça, mas que se projeta no

²⁰ Op. Cit. p. 109.

processo, sobretudo, como proteção da pessoa humana submetido na condição de acusado. Essa afirmação é possível quando se confronta a atuação do juiz nos diversos sistemas processuais. A evolução para um sistema processual de tipo acusatório representa uma limitação a atividade judicial, centrada no ato de julgar, sem prévias inclinações, em especial contra o acusado. Naturalmente, que o ideal de Justiça satisfaz um interesse social e visa também evitar favorecimentos pessoais.

E como garantia, projeta-se na dinâmica processual penal a fim de marcar a atuação do Estado por uma “mal” compreendida neutralidade:

“Para finalizar, fixe-se que a igualdade constitucional contida na imparcialidade do juiz e, também, no agir impessoal e obrigatório do Ministério Público, está preservada no processo penal, até mesmo na fase de investigação. Não havendo imparcialidade, há suspeição e o processo é nulo. O mesmo não se pode afirmar da igualdade entre sujeitos interessados na persecução penal. A ampla defesa eu contraditório corrigem e podem vir a reparar a desigualdade entre as partes, uma delas pública e integrada, portanto, à estrutura do Estado. Mas o juiz não tem como equilibrar a desigualdade evidente entre as partes pública e privada”²¹.

O juiz, como sujeito processual incumbido de prestar a tutela jurisdicional penal, enviada na perspectiva de tutela do inocente, não pode invocar uma neutralidade e cerrar os olhos, como fez Thêmis, para as desigualdades materiais que se escondem por trás de ideologias punitivas e procedimentos processuais, e influem decisivamente no resultado final do processo.

“O novo juiz, *ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória* lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma chance (questionando pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais”²².

Vista sob o ângulo da equidistância e neutralidade, e inserida no contexto social, político, cultural, econômico e, sobretudo, jurídico, desenhado nos capítulos antecedentes, a imparcialidade do juiz materializa o processo como instância de controle e exclusão.

O processo, como espaço democrático destinado ao debate, a fim de encerrar, ao final, uma verdade com possíveis repercussões em direitos

²¹ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. Op. Cit. 134.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal em Crítica à teoria geral do direito processual penal / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 49.

fundamentais, exige do juiz que se posicione em defesa da liberdade e da igualdade, único modo de equilibrar a histórica submissão da pessoa humana ao Estado:

“Democracia - a começar a processual - exige que os sujeitos se assumam ideologicamente. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinariedade”²³.

6.1.2.1

O controle negativo da defesa técnica

No processo penal de tipo acusatório, a legitimidade do resultado final é alcançada pela igual condição de participar na formação do provimento final. Igualdade essa que se projeta dentro do processo penal pela garantia do contraditório, do princípio da ampla defesa, da tutela do inocente, da separação de órgão para exercer as funções de acusar e julgar, enfim, por aquele sistema de regras e princípios que racionalizam a ciência processual.

Entretanto, conforme adverte LUIGI FERRAJOLI, não *“bastam as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para por os direitos fundamentais a salvo de suas distorções”²⁴*. O autor italiano pondera os riscos de incorrer numa *falácia garantista* tendo em vista as dificuldades *“de modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por ele consagrados”²⁵*.

O ideal de justo processo não se vê alcançado pela simples previsão de regras e princípios. A pedra angular, que é a igualdade, deve orientar todos os atos da atividade judicial. As desigualdades materiais externas ao processo e que, naturalmente afetam a qualidade e intensidade de participação do acusado, suscitam um novo posicionamento do juiz - *o controle formal da defesa técnica*.

Como dever indeclinável, e por ser confiado a pessoa humana, falível,

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. Cit. p. 48.

²⁴ Op. Cit. p. 866.

²⁵ Op. Cit. p. 865.

portanto, a necessidade de submeter a defesa técnica a um controle oficial e difuso é premente, a fim de velar por uma igualdade material. Oficial, porquanto realizado pelo próprio órgão a que se presta a tutela do inocente, e difuso, porquanto realizável em todos os atos do processo e em todos os processos.

A cidadania forjada na realidade brasileira, responsável por tolher a consciência de deveres e direitos, e submeter a uma permanente desigualdade material, impõe a intervenção do Poder Judiciário, mais do que em qualquer outro lugar, para que o sistema de direitos fundamentais sobreviva às adversidades, sobretudo, aquelas oriundas das políticas neoliberais:

“A experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”²⁶.

²⁶ Op. Cit. p. 867.