

## DO DIREITO CONSTITUCIONAL À AMPLA E EFETIVA DEFESA NA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NA ESFERA CRIMINAL

*Thiago Rodovalho dos Santos<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Considerações sobre a evolução da tutela jurisdicional. 3. O due process of law. 3.1. O princípio da Ampla Defesa e o efetivo Contraditório. 4. A Assistência Judiciária Gratuita. 4.1. A realidade do cotidiano. 5. Transação ou Imposição Penal? 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

### RESUMO

O presente trabalho visa a analisar o princípio do devido processo legal para que seja possível a realização efetiva da Prestação Jurisdicional, especialmente no contexto da Assistência Judiciária Gratuita na esfera criminal. Dentre os Direitos Humanos Fundamentais garantidos pela nossa Constituição Federal estão justamente o devido processo legal, a ampla defesa e o efetivo contraditório. Para tanto, ganho especial relevo a luta por uma ampla, efetiva e técnica defesa, não se contentando com uma mera “aparência” de ampla defesa. É preciso que o contraditório exista de fato.

### PALAVRAS-CHAVES

Acesso à Justiça, contraditório e ampla defesa.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito das Relações Sociais – Direito Civil pela PUC/SP. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2001). Advogado. Atualmente é professor de Filosofia do Direito e de Direito Civil do Instituto Superior de Ciências Aplicadas (ISCA). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Filosofia do Direito e Direito Civil. <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>

## ABSTRACT

This work pretends to study the principle of due process of law to enable the achievement of effective performance of the judiciary, especially in the context of the Free Counselor in criminal sphere. Among the Fundamental Human Rights guaranteed by our Federal Constitution are precisely the due process of law, the wide defense and effective contradictory. For this, we give special emphasis to the fight by a broad, effective protection and technical, not content with some “appearance” of wide defense. We need that exists in fact contradictory.

## KEY WORDS

Access to Justice, contradict and complete defense.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar como tem ocorrido na prática o due process of law nos casos envolvendo a Assistência Judiciária Gratuita em matéria criminal.

Se há ou não um efetivo contraditório; se tem sido respeitado o princípio da igualdade de armas entre as partes; e, principalmente, se ao cidadão tem sido resguardado seu Direito Constitucional a um processo justo, com ampla defesa, direito este que integra o rol dos Direitos Humanos Fundamentais.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

O Homem, em seus primórdios, obviamente não tinha consciência a respeito da necessidade de um devido processo legal, de garantias fundamentais a toda pessoa humana acusada de algo, independentemente de quem seja e qual seja o crime.

Como argumenta Jayme de Altavila<sup>2</sup>: “Desde que o homem sentiu a existência do direito, começou converter em leis as necessidades sociais. Para trás

---

<sup>2</sup> Na obra Origem dos Direitos dos Povos, p. 13 e 14.

havia ficado a era da força física e da artilosidade, com as quais se defendera na caverna e nas primeiras organizações gregárias. Agora o aspecto das coisas já era diferente: a própria natureza se ataviara, para gáudio dos seus sentidos. E a sensação do justo e do equitativo se infiltrava pelas frinchas do seu espírito. Uma noção inusitada do procedimento humano se distendia para dentro do seu ser, promanada do desconhecido e do mistério da criação”. Era a passagem do primitivo para o racional.

Interessante reproduzirmos a sinopse feita pela Professora Ada Pelegrini Grinnover acerca da evolução da jurisdição: “A passagem da Justiça privada à Justiça pública fez-se através de quatro fases, como ensinam Wlassack e Alcalá-Zamora: a) a primeira fase, correspondente à autotutela (com sacrifício do interesse alheio ao interesse próprio) e à autocomposição (com sacrifícios mútuos dos interessados); b) a segunda fase, através da arbitragem voluntária, quando as partes preferiam a seu critério, confiar a terceiros a solução de suas lides (tratando-se em geral de sacerdotes ou anciãos), permanecendo porém as duas primeiras formas; c) a terceira fase, quando, já surgida a legislação, a arbitragem se tornou obrigatória, eliminando-se, salvo casos excepcionais, a autotutela e a autodefesa (como exemplo, o *ordo iudiciorum privatorum* do sistema romano, em que o magistrado nomeava o *arbiter*, para funcionar na fase *in iudicio*); d) e, enfim, como quarta fase, a que corresponde, no direito moderno, ao exercício da função jurisdicional única e exclusiva do Estado, que reservou para si o poder de solucionar as lides, mediante a atuação do direito objetivo, ditando para cada caso concreto a norma específica a valer entre as partes”<sup>3</sup>.

Mas é preciso, ainda hoje, não descuidar do estudo histórico e aprender com erros passados, sem desmerecer os equívocos e avanços feitos pelos povos no curso da História, pois ainda hoje inúmeras barbáries são cometidas, tamanhas que poderiam enrubescer o maior dos bárbaros da Antigüidade, quase que como se dessem a impressão de que estamos a regredir.

<sup>3</sup> Pode parecer estranho imaginarmos tal cenário, mas, como nos advertem os mesmos autores, página 24, é isto que ocorre no âmbito internacional: “Para se ter uma idéia de como essas coisas se operam confusamente, observe-se o fenômeno análogo que ocorre com referência aos conflitos internacionais. A autotutela, no plano internacional, é representada pela agressão bélica, pelas ocupações, invasões, intervenções (inclusive econômicas), ou ainda pelos julgamentos de inimigos por tribunais de adversários; mas coexiste com a autotutela a autocomposição (através de tratados internacionais), sendo de certa freqüência a arbitragem facultativa. Ninguém é capaz de indicar, com precisão, quando começou a prática dessa arbitragem obrigatória, e muito menos se existirá um super-Estado que venha impor a todas as nações o seu poder (criando, então, uma verdadeira jurisdição supra-estatal)”.

Como lembrou Cesare Beccaria<sup>4</sup>: “Contudo, como as leis e os usos de um povo estão sempre atrasados em vários séculos em relação aos progressos atuais, mantemos ainda a barbárie e as idéias ferozes dos caçadores no Norte, os nossos selvagens avoengos.

Nossos costumes e nossas leis retrógradas estão muito distantes das luzes dos povos. Somos, ainda, subjugados pelos conceitos bárbaros que recebemos como herança de nossos antepassados, os bárbaros caçadores no Norte”.

Esta advertência feita pelo grande mestre italiano é de suma importância e deve permanecer constantemente nas mentes dos legisladores e operadores do Direito. A cada avanço importante no rumo de uma sociedade mais civilizada, inúmeros passos são dados para trás, retroagindo às épocas bárbaras, especialmente quando, sob o falso conceito do “law and order”, os legisladores e o judiciário tentam dar respostas mais duras aos problemas da criminalidade.

É o caso, por exemplo, do avanço nacional com a promulgação da “Constituição Cidadã”, na alcunha do saudoso mestre Ulisses Guimarães, justamente porque, em seu bojo, trazia os Direitos Humanos e Garantias Fundamentais logo em seu princípio, mudando o foco de Constituições passadas e pretendendo demonstrar a importância que dá aos direitos fundamentais do cidadão.

Ora, após o advento desta Constituição Cidadã, observamos cotidianamente violações a direitos humanos fundamentais, seja com leis que tolhem tais garantias do cidadão, como, por exemplo, a retrógrada Lei de Crimes Hediondos, em que, apenas pela natureza dos crimes que em tese são atribuídos a alguém (sem que haja condenação), lhe são tolhidos direitos humanos fundamentais, vilipendiando nossa Magna Carta e assassinando o princípio da presunção de inocência. Seja também com decisões arbitrárias, prisões temporárias e preventivas mal determinadas, recusas de liberdade provisória, sempre resultando em uma antecipação da condenação. É o assassinio dos direitos fundamentais em favor de um recrudescimento errôneo do Judiciário. Tornou-se regra, atualmente, primeiro o cárcere e, depois, julgamento.

Vale ressaltar que o Direito já foi conceituado (pelo jurisconsulto Celso) de “a arte do bom e do equitativo” (*ius est ars boni et aequi*)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> *In* Dos Delitos e das Penas, p. 22.

<sup>5</sup> Apud Hélio Madeira, em “Digesto de Justiniano”, página 17.

### 3 O DUE PROCESS OF LAW.

Como o disse o advogado e estadista Webster<sup>6</sup> sobre o due process of law: “Por lei da terra, propriamente, antes se entende o direito geral, o direito que ouve antes de condenar, que age mediante investigações, e que só enuncia sua sentença após a competente prova. Isto significa que todo cidadão gozará da vida, liberdade, propriedade e conseqüentes imunidades, sob a proteção das regras gerais que governam a sociedade”.

Este é o espírito do devido processo legal. Isto é parte da Democracia, que seja dado a cada um de seus cidadãos o sagrado direito de não ser segregado do convívio da sociedade, ou sofrer qualquer outra penalidade, sem que antes lhe sejam fornecidos todos os meios necessários para um efetivo acesso à Justiça, com ampla defesa e contraditório, produzindo as provas necessárias e se fazendo ouvir, para só então, após o devido processo constitucional<sup>7</sup>, seja proferida uma sentença. É o Direito a um processo justo, imparcial e em que haja igualdades de armas entre as partes (par conditio). Este é, como o disse recentemente o eminente Ministro Marco Aurélio Mello, em sede de habeas corpus, “o preço por viver-se em um Estado Democrático de Direito”.

E tal princípio tem longínquo surgimento, remontando à Magna Charta Libertatum<sup>8</sup>, assinada, em 15 de junho de 1215, por João Sem-Terra, como era conhecido, no Direito Inglês. Era o consignado na cláusula n.º 39<sup>9</sup>, que dizia: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado se seus bens (disseisiatur), banido (utlagetur) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (destruatur), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um

<sup>6</sup> Apud Thomas M. Cooley, em *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*, p. 219.

<sup>7</sup> Alguns juristas, com muita propriedade, assim denominam o due process of law, visto que ele está elevado a patamar constitucional.

<sup>8</sup> Como nos ensina o grande mestre Fábio Konder Comparato, em sua clássica obra “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, página 67, assim era a forma escrita do latim clássico, com o “ch”, mas foi usado durante toda a idade média sem o “h”. A nomenclatura completa era: “Redigida em latim bárbaro, a ‘Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae’”.

<sup>9</sup> Em seu livro “Os Direitos Humanos: Antologia de Textos Históricos”, Adelino Brandão diz que corresponderia à cláusula 48, mas, como preceitua Comparato (página 67), a respeito da redação da Magna Carta: “Embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas”.

juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre)”<sup>10</sup>.

A expressão *due process of law* se popularizou com o advento da Constituição Estadunidense, em especial com a inclusão da 5<sup>a</sup>. emenda, que versa sobre os direitos em processos criminais (reforçada depois pela 14<sup>a</sup>. emenda, em 9 de julho de 1968, que dizia respeito aos Civil Rights), que determina: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”<sup>11</sup> (destaques nossos).

Mais tarde, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, n.º 1, externou isso ao mundo: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Nossa Lei Fundamental, em 1988, trouxe tal disposição em seu artigo 5º., inciso LIV, que diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>12</sup>.

Este é um esboço histórico do surgimento e da evolução deste tão importante instituto. Como apregoou Reinhold Niebuhr: “Man’s capacity for justice makes democracy possible, but man’s inclination to injustice makes democracy necessary”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> A cláusula seguinte da Carta determina: “O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado”. O Texto do Bill of Rights também traz em seu bojo a necessidade de respeito às leis e à forma de sua execução: “Que o pretense poder régio de dispensar da obediência às leis, ou da sua execução, como foi feito ultimamente, é ilegal”. São princípios da separação dos poderes, da necessidade de respeito às leis e ao processo e, ainda, da necessidade de um processo célere.

<sup>11</sup> A esse respeito, diz Comparato, página 118: “Due process of law é uma expressão inglesa do século XIV, significando o direito natural ou o direito justo, em oposição à interpretação formalística dos textos normativos”.

<sup>12</sup> Conferir, ainda, incisos LIII e LV a LXVI do mesmo artigo.

<sup>13</sup> Apud Terry Jordan “The U. S. Constitution and Fascinating Facts about it”. Editora Oak Hill Publishing Company, Naperville, 1999.



Ora, o que não podemos permitir, entretanto, é que, em razão de altos índices de criminalidade ou em virtude da ineficiência estatal na prestação jurisdicional em tempo hábil, sejam tolhidas garantias fundamentais do cidadão, como se ele fosse o culpado por isso. Não podemos transferir tal responsabilidade do Estado para o cidadão. Não se pode atribuir ao acusado o problema da morosidade da Justiça e, por isso, tolher-lhe a liberdade de forma desumana. Como adverte o jurista Leonardo Costa Bandeira<sup>14</sup> “Se o Estado chamou a si o monopólio da prestação jurisdicional, deve assumir os ônus decorrentes dessa situação e não repassar aos jurisdicionados os efeitos originados de sua ineficiência e incompetência”.

Após o atentado terrorista de 11 de setembro, os Estados Unidos empreenderam uma verdadeira caçada a terroristas, culminando em agressões a liberdades individuais e direitos humanos. Neste contexto, a fim de evitar a prisão em segredo de suspeitos, um Juiz estadunidense disse que *democracias morrem atrás de portas fechadas*, proibindo o cerceamento dos tão caros direitos humanos. Semelhante ocorre no Brasil, não em virtude de atentados, mas por causa da impunidade e do aumento da criminalidade, assim tem sido empreendida, também, uma caçada, infelizmente violando direitos humanos. *Mutatis mutandis* a frase acima, podemos dizer que democracias também morrem quando direitos humanos e liberdades individuais são tolhidos. Democracias morrem quando, em nome de um pretense combate à criminalidade e à morosidade da justiça, são violentados direitos humanos fundamentais.

Como nos ensina André Ramos Tavares<sup>15</sup>, a respeito da expressão *devido processo legal*: “considera-se que o termo ‘devido’ assume o sentido de algo ‘previsto’, ‘tipificado’. Mas não é só. Também requer que seja justo. ‘Processo’, na expressão consagrada constitucionalmente, refere-se aos trâmites, formalidades, procedimentos, garantias. São as práticas do mundo jurídico em geral. ‘Legal’, aqui, assume conotação ampla, significando tanto a Constituição como a legislação”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Do Direito Constitucional de Recorrer em Liberdade, p. 46.

<sup>15</sup> Curso de Direito Constitucional. P. 482.

<sup>16</sup> Como nos ensina a Prof. Ada Pellegrini Grinover (apud Dr. Adauto Suannes in Revista do Advogado, n.º 59, página 34) “No due process of law, o elemento a que se subordina toda a legalidade do procedimento é a possibilidade da parte defender-se, de sustentar suas próprias razões, de ter his day in Court, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. A preocupação principal do juiz americano é assegurar a todos um efetivo contraditório, e em cada espécie concreta à Corte cabe verificar que a oportunidade de defesa tenha sido realmente plena, não permitindo a supressão ou a limitação das provas”.

### 3.1 O princípio da Ampla Defesa e o Efetivo Contraditório

Como corolários do devido processo legal estão os princípios da Ampla Defesa e do efetivo Contraditório.

O próprio artigo 5º., inciso LV, da nossa Carta Magna assim o determina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Vale ressaltar que tais princípios ganham especial notoriedade em processos de natureza criminal, dada a indisponibilidade do direito e da relevância da liberdade da pessoa humana, de sorte que não se admite contraditório ou ampla defesa meramente formais, eles têm de ser *efetivos*, não de ser reais, substanciais.

Por ampla defesa deve se entender o direito a ser representado por um advogado, a uma defesa técnica competente, de comunicar-se de forma livre e em particular com seu defensor, e que lhe sejam assegurados todos os meios de reação, ou seja, a possibilidade de insurgir-se contra acusações, de ter as mesmas oportunidades para produção de prova, de ser ouvido ou optar pelo silêncio, de presenciar todos atos de instrução etc.

Nos dizeres do jurista André Ramos Tavares<sup>17</sup> “Entre as cláusulas que integram a garantia da ampla defesa encontra-se o direito à defesa técnica, a fim de garantir a paridade de armas (par conditio), evitando-se o desequilíbrio processual, a desigualdade e a injustiça processuais. Assim, já teve oportunidade de decidir o S.T.F. que ‘A presença formal de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva da defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas’”.

A igualdade de armas é *conditio sine qua non* para que seja efetivo o direito à defesa ampla e obtenção de sentença justa dentro do devido processo legal. A esse respeito, preceitua Alexandre de Moraes<sup>18</sup>: “assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal)”. É dar as mesmas oportunidades e instrumentos a ambas as partes.

<sup>17</sup> Curso de Direito Constitucional, p. 499.

<sup>18</sup> Constituição do Brasil Interpretada, p. 362.



Até mesmo para um efetivo acesso à justiça, se reveste de singular importância o princípio da *par conditio*. Conforme nos ensina Mauro Cappelletti<sup>19</sup>: “A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos”.

Por contraditório devemos entender, nos dizeres de Néelson Nery Júnior<sup>20</sup> “a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos”.

#### 4 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

A Assistência Judiciária Gratuita tem como escopo preservar direitos humanos fundamentais, além de preservar, como dever do Estado, para aqueles que não podem pagar, a defesa de suas garantias fundamentais. É permitir que todo cidadão, independentemente de suas condições financeiras, tenha um efetivo acesso à Justiça, em todas as suas formas, como fruto de seus direitos e deveres de cidadania.

No Direito Estadunidense, foi um caso em especial que marcou o dever do Estado em fornecer um Advogado a quem por ele não pode pagar. No caso *Gideon v. Wainwright*<sup>21</sup>, em 1963, a Suprema Corte decidiu: “Defendants in criminal cases have an absolute right to counsel”. (Clarence Earl Gideon)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Acesso à Justiça, p. 15.

<sup>20</sup> Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 129 e 130.

<sup>21</sup> Antes de *Gideon v. Wainwright* (1963), houve os precedentes dos casos *Powell v. Alabama* (em 1932, em que foi reconhecido que o advogado é essencial na salvaguarda das liberdades fundamentais, para um fair trial, mas sem determinar a extensão deste direito) e *Betts v. Brady* (em 1942, quando a Corte decidiu que o advogado era essencial dependendo das circunstâncias do caso).

<sup>22</sup> Uma simples carta, escrita por um condenado para a Suprema Corte, mudou o sistema jurídico estadunidense. Como disse Robert F. Kennedy “If an obscure Florida convict named Clarence Earl

Posteriormente, por meio de emenda, a própria Constituição dos EUA passou a garantir direitos processuais básicos, entre eles o direito a um advogado: 6<sup>a</sup> emenda, a respeito dos Direitos a um Processo Justo, diz: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, *and to have the Assistance of Counsel for his defence*” (destaques nossos).

No Brasil, nossa Constituição assegura, em seu artigo 5<sup>o</sup>., inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”<sup>23</sup>. Semelhante disposição também há no Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 8<sup>o</sup>., alíneas ‘d’ e ‘e’.

É o reconhecimento de que o Estado tem o dever de garantir a todos o acesso amplo à Justiça e que tenham todos os seus direitos e garantias fundamentais, sendo-lhe para tanto fornecido um profissional habilitado para defendê-lo, perfazendo-se o integralmente o contraditório e a tríplice que integra o raciocínio jurídico dialético.

É sabido e consabido por todos que os dois grandes óbices a um efetivo acesso à Justiça são o tempo e o custo. O Judiciário, não apenas no Brasil, costuma ser lento e muito custoso. Sobre a importância disso, diz Mauro Cappelletti<sup>24</sup>, em clássica obra, que “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

---

Gideon had not sat down in his prison cell... to write a letter to the Supreme Court... the vast machinery of American law would have gone on functioning undisturbed. But Gideon did write that letter, the Court did look into his case... and the whole course of American legal history has been changed”.

<sup>23</sup> Nas palavras do jurista italiano Vittorio Denti (apud Dr. Adauto Suannes, in Revista do Advogado, n.º 59, página 33) “Sotto un secondo aspetto, la difesa costituisce non già um diritto, ma una garanzia, come esigenza di un corretto svolgimento del processo, per un interesse pubblico generale che trascende l’interesse del’imputato (o della parte) ed è soddisfatto soltanto se il contraddittorio è effettivo, se l’uguaglianza delle armi è reale. Si tratta que di assicurare un due process of law, o di realizzare un fair trial, il che può richiedere (ed, anzi, nella maggior parte dei casi richiede) la presenza in giudizio del difensore”.

<sup>24</sup> Acesso à Justiça, p. 12.

É nesse contexto que se insere a Assistência Judiciária Gratuita, pois são justamente os mais pobres, que tanto necessitam de um efetivo acesso à justiça, os excluídos por seu alto custo. Ainda sorvendo do saber do mesmo autor<sup>25</sup>, ele nos ensina que: “Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres”.

Por fim, o que não se pode pretender é, em nome de um suposto acesso à justiça, torná-la de pior qualidade. Ainda nos dizeres de Cappelletti, “A finalidade não é fazer uma justiça ‘mais pobre’, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior ‘beleza’ — ou melhor qualidade — do que aquele de que dispomos atualmente”<sup>26</sup>.

#### 4.1 A Realidade do Cotidiano

No entanto, não é isso que, infelizmente, temos observado na maioria dos casos criminais assistidos pela Defensoria Gratuita, especialmente em Comarcas do Interior.

Tem sido, via de regra, oferecido apenas de maneira formal o direito à ampla defesa, mas não se forma substancial, efetiva. Em verdade, o que há é apenas mais um mecanismo burocrático, algo formal, dogmático, indiferente à realidade do cotidiano, não efetivo.

Quando um acusado vai ser inquirido em Juízo, recebe o acompanhamento de um advogado *ad hoc* que está de plantão. Se alguma testemunha precisar ser ouvida em outra oportunidade, provavelmente o acusado será assistido por advogado plantonista diferente. Por fim, será um outro advogado, que não participou das audiências, quem terá oferecido a defesa prévia e oferecerá as alegações finais.

Mas o maior absurdo não reside nessas incoerências acima apresentadas, que impedem ou dificultam que seja oferecida uma defesa técnica competente como a que tem direito toda pessoa humana envolvida em matéria criminal.

O maior equívoco desse formalismo encontrou guarida justamente nas audiências, quando serão ouvidas as testemunhas e, principalmente, quando o

<sup>25</sup> Idem, p. 28.

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*.

acusado terá sua oportunidade de apresentar-se em Juízo e de ser ouvido. Quando ele terá o primeiro contato com a figura da pessoa do juiz penal.

Ora, nesse momento, especialmente nas Comarcas do Interior, onde muitas vezes o relacionamento entre os diversos operadores do Direito se torna mais complicado, o advogado plantonista designado, na hora, para assistir o cliente, sequer tem acesso, em tempo hábil antes da audiência, aos autos, muito menos, numa violação flagrante às garantias judiciais do acusado (especialmente pelo que determina o artigo 8º., alínea 'e'), tem um encontro livre e particular com o cliente, para que possa saber exatamente o que se passa.

Desta feita, que tipo de assistência será possível dar ao acusado? Em verdade, o que se criou foi um mero mecanismo formal para aparentar que o devido processo legal está sendo respeitado e que lhe foi dado o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois na prática o defensor apenas assiste “ao” acusado e à audiência, sem efetivamente dela participar, sendo um mero burocrata que assina atas de audiência, haja vista que tudo foi conduzido apenas pelo Juiz e pela acusação. Como poderá esse acusado obter uma sentença justa se, já na fase processual, sequer seus direitos e garantias fundamentais estão sendo respeitados?

O réu pobre, em sua simplicidade e humildade, muitas vezes sequer sabe quem está ali para defendê-lo, quem é seu advogado, pois a ele não foi apresentado antes, muito menos com ele teve um encontro livre e em particular. Como ele poderia distinguir, entre as diversas pessoas devidamente trajadas, quem é o defensor e quem está ali para acusá-lo?

Foi quebrado o raciocínio tríplice e dialético que forma o processo e permite uma sentença justa. A condução já foi imparcial. Pendeu apenas para um dos lados. Apenas um interesse da sociedade foi satisfeito, o *jus puniendi*.

Mas é preciso lembrarmos que, se a acusação representa a sociedade no *jus puniendi*, a defesa também a representa no sentido de não se punir injustamente, em ouvir antes de condenar, em dar uma efetiva e ampla defesa. Não podemos ter apenas Ministério Público como paladino da Justiça e defensor único da sociedade. É preciso lembrarmos, sempre, que o advogado também exerce um *munus publico* e que, se o Ministério Público representa a sociedade no *jus puniendi*, o advogado a representa na defesa da liberdade, do *jus libertatis*<sup>27</sup>, na defesa do inocente, para que não tenhamos

---

<sup>27</sup> É esta a tônica do processo penal, como nos ensina o eminente Ministro Celso de Mello “A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade

um inocente condenado; para que haja um *fair trial*, como o desejam as sociedades civilizadas.

E nesta defesa da inocência, neste *munus* publico exercido pelo advogado no interesse da sociedade, não pode ele transigir com nenhuma das garantias constitucionais do *due process of law*, pois não lida com direitos seus. É preciso que seja aguerrido, dedicado, mesmo quando conhecedor das dificuldades que enfrentará.

Muitas vezes, em razão da gravidade de um crime, da repulsa que ele causa, e da pobreza do acusado<sup>28</sup>, o advogado sabe que se encontra diante de uma causa perdida, não raro com um cliente já pré-condenado. E quem milita na Justiça Criminal conhece bem essas agruras, especialmente diante de Juízes adeptos do *law and order*, ávidos para dar uma dura resposta em nome da sociedade<sup>29</sup>.

E é justamente no processo penal que se mostram mais difíceis as relações entre Juízes e Advogados. Ora, como dizia Francesco Carnelutti<sup>30</sup> “O maior dos

---

conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu”. (STF, 1ª. T.; HC 73.338-7, Rio de Janeiro; j. 13.8.96, v.u., Rel Celso de Mello. DJU 19.12.96, p. 51.766; apud Revista Justiça & Democracia, volume 3, páginas 261 e 262). Daí ele concluir que “... Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido e assim deve ser visto como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu..”. (STF, 1ª. T.; HC 73.338-7, Rio de Janeiro; j. 13.8.96, v.u., Rel Celso de Mello. DJU 19.12.96, p. 51.766; apud Revista Justiça & Democracia, volume 3, páginas 261 e 262).

<sup>28</sup> Problema este que já vem de longe. Recordemos sempre as palavras de Shakespeare, em sua obra “Rei Lear”: “...see how yond justice rails upon yond simple thief. Hark, in thine ear: change places, and handy-dandy, which is the justice, which is the thief?... e “...Through tatter’d clothes small vices do appear; Robes and furr’d gowns hide all. Plate sin with gold, and the strong lance of justice hurtless breaks; Arm it in rags, a pigmy’s straw does pierce it. None does offend, none, I say none..”. (Shakespeare, King Lear, Act Fourth, scene Sixth). Ou, como diz Alberto Silva Franco (in Revista Justiça & Democracia, volume 3, página 272), “a justiça é um sistema que ‘senta um estrato social diante do outro no tribunal: enquanto o estrato superior fornece os juízes, e o estrato inferior que dá os acusados”.

<sup>29</sup> Acerca do exercício da advocacia, salienta o Prof. José Rogério Cruz e Tucci (in Revista dos Tribunais, volume 756, página 70) “Despiciendo salientar, por outro lado, que o exercício da advocacia é uma luta permanente: luta pela liberdade, na defesa de uma pessoa, luta para ver triunfar um direito, luta para fazer respeitar um princípio, luta para obstar um arbítrio, luta para desmascarar uma falácia, luta, por vezes, para atacar um potentado que abusa do seu poderio. Nestes combates o advogado pode viver todos os estados passionais emergentes da alma: o entusiasmo, a indignação, a cólera, o desprezo. Sem embargo, está obrigado à moderação e o respeito por este sentimento assegura-lhe tanto maior autoridade quanto maior calma mostrar perante a contínua atribulação em que labora”.

<sup>30</sup> As Misérias do Processo Penal, p. 27.

advogados sabe não poder nada frente ao menor dos juízes; entretanto, o menor dos juízes é aquele que o humilha mais. É obrigado a bater à porta como um pobre”.

Contudo, o advogado não pode permitir essa tirania, pois não defende direito seu, mas direito alheio, numa relação que interessa à própria sociedade, que exige a dialética do processo para uma sentença justa. Acovardar-se ou permitir a supressão das garantias processuais fundamentais do acusado é rasgar nossa Carta Magna e desonrar o próprio ofício.

Ressalte-se, ainda, que o raciocínio jurídico é dialético. O contraditório lhe é essencial; indispensável para a formação cognitiva do magistrado no caso concreto, para que possa chegar o mais próximo possível de uma sentença justa. É o fruto da tese (Acusação) e da antítese (Defesa) que possibilitará a conclusão. Sem uma dessas pilastras, a obra inteira ruirá.

O tripé da Justiça não prescinde de nenhum de seus integrantes: Juiz, Ministério Público e Advocacia<sup>31</sup>.

Como preceituam Cândido Rangel Dinamarco et al<sup>32</sup>. “Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de ‘colaboradores necessários’”.

Não podemos, contudo, ser levianos e olvidarmos da nossa própria culpa, advogados, por sermos lenientes com tal situação<sup>33</sup>. O advogado deve ter sempre em mente que não defende direitos próprios, mas sim de terceiros e que, em razão disso, não podem ver sequer tisonada sua independência profissional. Devem sempre manter o trato urbano com todos os personagens envolvidos na prestação jurisdicional, mas sem que

<sup>31</sup> Nos dizeres do Prof. José Rogério Cruz e Tucci (in Revista dos Tribunais, volume 756, página 69) “Uma justiça bem organizada reclama, por certo, além de sólida estruturação do Poder Judiciário, a coexistência de outras funções que lhe são, igualmente, essenciais”. Daí ele concluir, citando Calamandrei (in Revista dos Tribunais, volume 756, página 70) “Já o Juiz que falta ao respeito ao advogado, ignora que beca e toga obedecem à lei dos líquidos em vasos comunicantes: não se pode baixar o nível de um, sem baixar igualmente o nível do outro”.

<sup>32</sup> Teoria Geral do Processo, p. 55.

<sup>33</sup> E isto independentemente de a causa ser grande ou não, o réu pobre ou rico, como nos ensina o Prof. Eduardo Couture (in “Os Mandamentos do Advogado”, página 40) “As questões não se dividem em pequenas ou grandes, mas em justas ou injustas. Nenhum advogado é demasiadamente rico para recusar causas justas porque sejam pequenas, nem tão pobre para aceitá-las, quando injustas, por serem grandes”.



isso signifique qualquer transigência quanto a garantias de seu cliente. Especialmente em Comarcas do interior, advogados deixaram de exigir a plenitude de suas garantias profissionais, que pertencem menos a ele que à sociedade, quer por medo de indispor-se com Juízes e Promotores, quer por mero comodismo. É preciso dar uma basta!

As garantias profissionais da advocacia pertencem antes à sociedade, que necessita de advogados fortes e independentes, para que possa haver um efetivo processo legal e evitar injustiças, itens essenciais a uma democracia<sup>34</sup>.

Tais garantias são, ainda, fundamentais para uma defesa técnica competente, sem a qual o acusado, nos termos da Súmula n.º 523 do STF, deve ser considerado indefeso. A esse respeito, assim entende o eminente Ministro Marco Aurélio, HC n.º 71.961-9 SC, STF: “na dicção de Nilo Batista, ‘a defesa é o Órgão da Administração da Justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isso porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, garantia de proteção da própria sociedade’ (Defesa Deficiente, Revista de Direito Penal, página 169)”. E ainda: “A sociedade tem interesse na apenação dos culpados. Em contrapartida, não se descarta da atenção devida ao direito de defesa. Ao contrário, reclama-lhe a consubstanciação pelos meios legais colocados ao alcance daqueles que, por isto ou aquilo, vêem-se envolvidos em processo criminal. A garantia, de estatura maior, que impõe ao Estado a defesa jurídica e judiciária dos necessitados, tem contornos não simplesmente formais. Há de se perquirir sobre o respeito ao princípio da realidade; sobre a concretude da defesa. Para tanto, indaga-se sobre a valia da atuação do defensor, levando-se em conta os atos por si praticados e a indispensável seriedade do respectivo desempenho”.

Mas como é possível defesa competente sem acesso amplo aos autos, encontros livres e em particular com o cliente, especialmente antes do interrogatório

---

<sup>34</sup> Convém lembrarmos os dizeres do eminente Min. Celso de Mello (STF, 1ª. T.; HC 73.338-7, Rio de Janeiro; j. 13.8.96, v.u., Rel Celso de Mello. DJU 19.12.96, p. 51.766; apud Revista Justiça & Democracia, volume 3, páginas 261) “O processo penal não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público”. Semelhante entendimento também tem Hélio Tornaghi (apud Antônio Alberto Machado, Revista Justiça & Democracia, volume 4, página 245) “a lei de processo penal existe, aqui, para garantia do particular”.

e oitiva de testemunhas, além de não ser o mesmo defensor designado para todos os atos?<sup>35</sup>

Há mais de vinte anos isso preocupa o Poder Judiciário, tanto que em 1983, o Comunicado n.º 263/83 da Corregedoria Geral da Justiça, assim determinava: “Realização de entrevistas entre os réus e seus defensores *antes* do interrogatório judicial” (DOE Just., 6.12.83, página 14). Mais do que isso, deve também o defensor dativo ter acesso aos autos antes da entrevista com o réu e da audiência, seja ela para interrogatório como também para inquirição de testemunhas. Este mesmo comunicado ainda determina o “fornecimento de cópias de denúncias, sentenças e acórdãos, e desarquivamento de processos a pedido direto dos Advogados da PAJ e da FUNAP, formulado aos funcionários competentes”.

Não podemos olvidar que o processo existe como direito do cidadão frente à onipotência do Estado. O cidadão tem direito à menor desvantagem possível, de sorte que se exigir sempre a prova de sua culpabilidade e não o inverso, ele não tem de provar sua inocência; em razão do princípio da presunção de inocência, o *onus probandi* pertence integralmente à acusação<sup>36</sup>. E o processo e suas garantias judiciais fundamentais, servem de proteção contra tiranias, contra injustiças, contra arbitrariedades. É uma limitação ao *jus puniendi*, uma limitação ao direito de prender alguém, condicionando isto a um regular processo, respeitadas todas as prerrogativas e garantias da pessoa humana acusada.

---

<sup>35</sup> Nas palavras do Dr. Adauto Suannes (in Revista do Advogado, n.º 59, página 31) “Falar de assistência judiciária no processo criminal é ir-se à Constituição Federal. É tentar aquilatar qual a qualidade da defesa que se pode chamar, sem trair o sentido das palavras, de defesa ampla”. E mais “Se a Constituição considera a presença do Advogado indispensável para que tenhamos um fair trial, para que essa conquista duramente batalhada ao longo da conceituação da due process clause ao seja algo meramente formal, como aceitar-se que seu trabalho seja considerado algo absolutamente despreciando? De fato, segundo nossa jurisprudência dominante, a presença do defensor no interrogatório judicial é dispensável, a intimação do defensor da data da audiência que se realizará no Juízo deprecado é dispensável, as alegações finais são dispensáveis, a interposição de recurso contra sentença condenatória é dispensável, as razões de recurso são dispensáveis, as contra-razões de recurso são dispensáveis, os embargos infringentes são dispensáveis, a atuação em revisão criminal é dispensável. E isso porque a Constituição diz que o Advogado é indispensável. Imagine-se se ela dissesse ser ele dispensável!”.

<sup>36</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, artigo XI, “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua Defesa”.

Não podemos permitir que o espírito do *law and order* contamine a Democracia, pretendendo transferir ao Judiciário o dever de combate à violência<sup>37</sup>. Como diz o jurista Afrânio Silva Jardim<sup>38</sup> “não se pode transformar o sistema processual penal em ‘instrumento de combate aos altos índices de criminalidade, mascarando a realidade dos fatos, postergando valores éticos e humanitários que já se encontram incorporados, de forma indelével, à nossa cultura, à nossa civilização”. Ora, o Poder Judiciário não serve para isso. Tal combate é reservado a outras esferas e políticas do Estado. O Judiciário existe para fiscalizar o cumprimento ou não da Lei, verificar a culpa e atribuir a pena justa<sup>39</sup>.

E é preciso ressaltar, ainda, que, hodiernamente, já se superou, no Direito Penal moderno, a fase meramente retributiva, o caráter vingativo da pena, época em que se apegava a literalidade da lei, abstraindo-se da vítima e da pessoa do acusado, encarando-se o delito sob o aspecto simplesmente jurídico, olvidando-se de seu ator, fenômeno humano. Como analisa o Damásio de Jesus<sup>40</sup> nessa época os órgãos da justiça “transitada em julgado a sentença condenatória, esqueciam-se completamente do condenado, alheios a que a pena privativa de liberdade, medida em meses e anos, deve ser cumprida um dia após o outro”.

---

<sup>37</sup> A este respeito, já ensinava Alberto Silva Franco “O perigo de desconectar-se o juiz penal da Constituição mostra-se maior ainda na medida em que o Direito Penal deixa de ser uma garantia da liberdade frente ao poder repressivo do Estado para transformar-se num instrumento de caráter exclusivamente prevencionista, ‘um arsenal de meios efetivos de luta contra o delito e de repressão da violência’. Compõe-se, assim, um perfil repressivo e autoritário do juiz penal. Restabelecer a lei e a ordem passam a ser, então, exigências inafastáveis de todas as ‘pessoas decentes’, incapazes de ‘comportamentos desviados’. A sociedade sofre um corte radical: o crime deve ser compreendido como o ‘lado patológico’ da sociedade, a criminalidade como uma enfermidade ‘infecciosa’ e o criminoso como um ser ‘daninho’. Toda a sociedade deve ser mobilizada, portanto, para destruí-los: crime e criminoso. O perfil do Juiz Criminal, na perspectiva do Movimento da Lei e da Ordem, e esse é um perfil intolerável num Estado Democrático de Direito – é o de uma pessoa totalmente empenhada no combate, sem quartel, à criminalidade, na defesa dos ‘homens decentes’ que nunca delinqüem, na proteção da parcela ‘sadia’ da sociedade, na aplicação cada vez mais severa do poder punitivo estatal (penas privativas de liberdade longas e penas de morte), no encurtamento dos direitos e garantias processuais, na diminuição dos controles judiciais da execução da pena, enfim, no comprometimento ideológico com establishment” (in Revista Justiça & Democracia, volume 3, página 270).

<sup>38</sup> Apud Antônio Alberto Machado, Revista Justiça & Democracia, vol. 4, p. 244.

<sup>39</sup> O próprio Estado muitas vezes não tem interesse em uma assistência judiciária eficiente aos pobres. Como advertia Maria Luiza Flores da Cunha Bierrenbach (in Revista do Advogado, ano I, n.º 3, página 28) “o Estado que se assenta num sistema de injustiças sociais, que não dá, enfim, condições de vida digna ao ser humano, se lhe dá assistência judiciária o faz, ainda que de modo deficitário, apenas por Imposição Legal. O interesse por esta atividade e por esta vasta gama da sociedade é nenhum”.

<sup>40</sup> Penas Alternativas, p. 2.

Nesse íterim, como analisa professor Damásio de Jesus<sup>41</sup> “É o que está acontecendo no Brasil, onde movimentos de opinião partidária do princípio da ‘lei e ordem’ pressionam os congressistas à elaboração de leis penais cada vez mais severas e iníquas”.

A função do Judiciário não é esta, ao revés, como acentua o Ministro Celso de Mello<sup>42</sup> “Convém insistir, portanto, na asserção de que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais pelo Povo, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário”.

Esta sim é a função do Poder Judiciário: ser um instrumento concretizador das liberdades civis das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais!

Não podemos, a pretexto de combater o crime, adotar práticas condenáveis, descendo ao mesmo nível moral do que se pretende coibir.

Aliás, Winston Churchill uma vez disse que a verdadeira forma de verificar o grau de civilização de uma sociedade é ver como ela trata as pessoas acusadas de um crime.

A despeito de muitos verem, equivocadamente, no *due process of law* uma das causas da morosidade do Judiciário, não podemos agir como a Rainha que, na obra Alice no País das Maravilhas, quando de um julgamento a respeito do roubo de uma torta, gritava: “A sentença primeiro; o julgamento depois..”.

Não podemos permitir, contudo, que o Brasil, neófito na Democracia, após um grande passado sob os auspícios de ditaduras, ignore direitos humanos tão fundamentais, que já são sólidos em Países de que vivem plenamente o Estado Democrático de Direito.

Exatamente em razão do tempo de nossa vida em democracia, e de em certos momentos ela se mostrar fragilizada, é que se faz cogente o engajamento pela defesa dos princípios que regem um Estado Democrático de Direito.

Não basta uma proclamação de Democracia. Não bastam leis. É preciso que cada cidadão, especialmente os mais fragilizados, sinta isso nas miudezas da vida.

---

<sup>41</sup> Idem, p. 5.

<sup>42</sup> In Revista Justiça & Democracia, vol. 4, p. 43.

E é muitas vezes tênue, muito tênue, a linha que separa a mais vil das tiranias da mais sublime Democracia. E o *due process of law*, a ampla e efetiva defesa, o *fair trial*, são exatamente algumas das salvaguardas que possui cada cidadão contra a tirania.

A realidade cotidiana às vezes revela o contrário. Revela um flerte com o totalitarismo, com a tirania, violentando direitos humanos fundamentais e estuprando o devido processo legal.

Viver em Democracia é uma decisão que temos de repetir dia a dia e lutar por ela incessantemente, porque este é o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito.

Como já dizia há tempos Maria Luiza Flores da Cunha Bierrenbach<sup>43</sup> “Sem a adoção urgente de medidas que solucionem o problema da assistência judiciária, que é agravado dia-a-dia, o Brasil continuará sendo apontado como país cujo aparelho estatal não se preocupa com os Direitos Humanos, apanágio dos povos civilizados”.

## 5 TRANSAÇÃO OU IMPOSIÇÃO PENAL?

Muito embora a Lei dos Juizados Especiais fale em transação penal, o que vê é muito mais uma imposição.

Transação, como consigna o Aurélio, significa “... 2. Combinação, convênio, ajuste... 4. Jur. Ato jurídico que dirime obrigações litigiosas ou duvidosas mediante concessões recíprocas das partes interessadas; composição”.

Em verdade, atualmente não existe a figura da transação penal, mas tão-só a da “imposição penal”.

As audiências ocorrem, muitas vezes, sem a presença do ilustre representante do Ministério Público. Diante do acusado e seu defensor, o Juiz lê a proposta do MP que consta nos autos e indaga se o réu a aceita ou não.

Ora, isto não é transação. O Promotor sequer se dignou a ir à audiência, a enxergar o réu. Compreender que eles não papéis ou números. Vão além do processo e da ficção. Têm existência real; são homens de carne e osso. Têm sentimentos e aflições; corpo e cheiro.

---

<sup>43</sup> In Revista do Advogado, ano I, nº. 3, p. 29.

E diante desta realidade e do eu consta nos autos chegar a uma transação justa com o defensor do acusado. Isto sim é transação e não imposição.

## 6 CONCLUSÃO

A Assistência Judiciária Gratuita é uma necessidade e curso da História nos revela isso, especialmente diante do fato de que o alto custo é um dos principais fatores que impedem um pleno acesso à Justiça.

Porém isto não significa dar um prestação jurisdicional de pior qualidade, muito menos enxergar o processo penal como um instrumento de justiça e combate ao crime.

Como deixou consignado o eminente Ministro Marco Aurélio, HC n.º 84038-RJ, STF: “Sob o ângulo da credibilidade da Justiça, o que asseverado condiz com a punição, então, a ferro e fogo, tornando-a meio de justiça e não órgão que implique a equidistância desejada na atuação do próprio Estado. Pouco importa a gravidade do crime e a impressão no meio social. Quanto mais grave o crime e maior a reverberação, tem-se a conveniência de resguardar-se as prerrogativas do acusado, as franquias, a intangibilidade da ordem jurídica constitucional. Com esses enfoques é que a Justiça se impõe e se torna acreditada perante os concidadãos”.

Assim, é preciso que todas os direitos e prerrogativas do acusado tenham sido preservados, especialmente o direito a um processo justo, ao *due process of law*, a uma defesa técnica efetiva, ao contraditório e as demais franquias constitucionais, máxime diante do bem que está em discussão no processo penal: a Liberdade.

Um axioma jurídico já demonstrava a relação da Ciência Jurídica com a liberdade “o direito sempre se subentende a favor da liberdade”<sup>44</sup>.

Desta forma, há que ponderarmos bem as opiniões e decisões acerca deste assunto, da liberdade, pois, como adverte Rui Barbosa, “O que hoje semeais, colhereis

---

<sup>44</sup> Como escreveu Giandomenico Romagnosi (coletado de Rui Barbosa) “O homem privado da liberdade jaz em estado pior do que a morte, porque sente em si todo o amargor da opressão e, ao mesmo tempo, toda a impotência do morto a evitá-la. A condição desse indivíduo reclama, por isso, a mais viva solicitude e a mais valente defesa social. Nenhum cidadão honesto pode ser indiferente à sua sorte, como não pode ser indiferente à sua própria segurança. Na faculdade de prender, ou não prender o cidadão, parece estar o ponto central, onde praticamente se vão encontrar todos os raios da tirania, ou da liberdade”. Como assevera o adágio latino *Libertas inestimabilis res est* (ou seja, a liberdade é inestimável, não é passível da avaliação).



amanhã. Semeais opressão, sereis oprimidos. Semeais o engano, sereis espoliados. Posso perdoar, e tenho perdoado aos homens, que me perseguem. Mas, nunca perderei as opiniões perseguidoras. Porque os homens passam, e as opiniões duram, os homens perecem, e as opiniões germinam. Onipotentes na política de um dia, os perseguidores se submergem na do outro. Mas as doutrinas perseguidoras sobrevivem à política que as gerou, para perseguir amanhã nas mãos da política hoje perseguida”. E é isso que aqui, hoje, está em discussão: que tipo de sociedade desejamos. Que tipo de sociedade deixaremos para nossos descendentes. Será uma sociedade justa, nos termos Constituição Cidadã, nos dizeres do saudoso Ulisses Guimarães; ou uma sociedade inquisitorial, na qual o Estado presume a culpa de seus filhos e os manda, sem sequer respeitar os direitos a um *fair trial*, para nossas terríveis masmorras?<sup>45</sup>

Diz uma célebre frase que “o primeiro advogado foi o primeiro homem, que, com influência da razão e da palavra, defendeu o seu semelhante contra a injustiça, a violência e a fraude”. E como ensina o festejado Rui “sempre entendi, a missão do jurista, inimiga irreconciliável das tiranias que se dissimulam sob a razão do Estado”.

É preciso que lutemos para uma assistência gratuita efetiva, bem como defesa plena, com efetivo contraditório, pois como diz o adágio latino *Juris nomen a Justitia descendit* (Direito deriva seu nome da Justiça)<sup>46</sup>.

Assim, é preciso lutar o bom combate, insurgir-se contra as tiranias, lutar pela Justiça, pelos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem e do Cidadão. Como diz Carnelutti “Ao amanhecer, defender a inocência, fazer valer o direito, fazer triunfar a justiça: esta é a poesia”.

## 7 REFERÊNCIAS

- ALTAVILA, Jayme de”. Origem dos Direitos dos Povos”. Editora Ícone, São Paulo, 8<sup>a</sup>. edição, 2000.
- BANDEIRA, Leonardo Costa. “Do Direito Constitucional de Recorrer em Liberdade”, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- BECCARIA, Cesare. “Dos Delitos e das Penas”, Editora Hemus, Curitiba, 11<sup>a</sup>. edição, 5<sup>a</sup>. reimpressão, 2000.
- BIERRENBACH, Maria Luiza Flores da Cunha. “Direitos Humanos e Assistência Judiciária”. Revista do Advogado, ano I, n.º 3, páginas 27 a 29, 1980.

<sup>45</sup> “Ó Senhor, livrai-me dos homens de louváveis intenções e/ coração impuro, pois o coração sobre todas as coisas/ se engana e em desespero se revela iníquo” (T. S. Elliot).

<sup>46</sup> Conferir Hélio Madeira, em “Digesto de Justiniano”, página 17.

- BRANDÃO, Adelino. “Os Direitos Humanos: Antologia de Textos Históricos”. Editora Landy, 2001, São Paulo.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Acesso à Justiça”, Editora Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 2002 (reimpressão).
- CARNELUTTI, Francesco. “As Misérias do Processo Penal”, Editora Conan, Campinas, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”. Editora Saraiva, São Paulo, 2ª. edição, 2001.
- COOLEY, Thomas M.. “Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América”. Editora Russell, Campinas, 2002.
- COUTURE, Eduardo. “Os Mandamentos do Advogado”. Editora Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1999 (reimpressão).
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Do Relacionamento Juiz-Advogado como Motivo de Suspeição”, volume 756, 1998, Revista dos Tribunais, páginas 69 a 76.
- DINAMARCO, Cândido Rangel at al. “Teoria Geral do Processo”. Editora Malheiros, São Paulo, 15ª. edição, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. “O Compromisso do Juiz Criminal no Estado Democrático”. Revista Justiça & Democracia, volume 3, página 267 a 272, 1997.
- GRINNOVER, Ada Pelegrini. “Enciclopédia Saraiva do Direito”, volume 2. Editora Saraiva, São Paulo, 1977.
- JESUS, Damásio Evangelista de. “Penas Alternativas”. Editora Saraiva, São Paulo, 1999.
- JORDAN, Terry L.. The U. S. Constitution and Fascinating Facts about it”. Editora Oak Hill Publishing Company, Naperville, seventh edition, first printing, 1999.
- JÚNIOR, Néelson Nery. “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª. edição, 2ª. tiragem, 1999.
- MACHADO, Antônio Alberto. “Em Defesa das Liberdades Públicas Fundamentais”. Revista Justiça & Democracia, volume 4, página 243 a 248, 2001.
- MADEIRA, Hélcio Maciel França. “Digesto de Justiniano”. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 3ª. edição, 2005.
- MELLO, Celso de. “O Processo como Salvaguarda das Liberdades”. Revista Justiça & Democracia, volume 3, página 261 e 262, 1997.
- \_\_\_\_\_. “Democratização do Poder Judiciário e Acesso à Justiça”. Revista Justiça & Democracia, volume 4, página 41 a 53, 2001.
- MORAES, Alexandre de. “Constituição do Brasil Interpretada”. Editora Atlas, São Paulo, 4ª. edição, 2004.
- SUANNES, Adauto. “Assistência Judiciária e Devido Processo Legal”. Revista do Advogado, n.º 59, páginas 31 a 40, 2000.
- TAVARES, André Ramos Tavares. “Curso de Direito Constitucional”. Editora Saraiva, São Paulo, 2002.