

## Princípios básicos de proteção do acusado no processo penal

Thiago Grazziane Gandra\*

*Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios básicos. 2.1. Dignidade da pessoa humana. 2.2. Presunção de inocência. 2.3. Direito ao silêncio. 2.4. Ampla defesa e contraditório. 2.5. Devido processo legal. 3. Conclusão.*

### Resumo

Alguns princípios constitucionais são fundamentais na proteção do acusado no processo penal, garantindo-lhe um julgamento justo e imparcial. São eles: dignidade humana, presunção de inocência, direito ao silêncio, ampla defesa e contraditório e devido processo legal. Sem esses princípios não há Estado de direito democrático.

**Palavras-chave:** Princípio. Defesa do acusado. Dignidade humana. Presunção de inocência. Silêncio. Contraditório.

### 1. Introdução

O acusado é sujeito de direitos e deveres processuais e, como tal, tem ao seu amparo uma série de disposições legais que buscam lhe garantir uma posição processual que lhe permita defender-se da imputação penal, facultando-lhe instrumentos legais para contribuir com a decisão final do processo. Ou seja, a estrutura do processo penal no Estado Democrático de Direito concede ao acusado o poder de influenciar na decisão judicial.

Com efeito, a própria noção de estado democrático e de proteção aos direitos individuais está diretamente ligada à premissa de que o direito penal e o processo penal devem garantir o mínimo de proteção ao cidadão, mesmo quando este seja suspeito ou acusado pela prática de um crime.

Afirmou Schaefer: “A qualidade da civilização de uma nação pode ser largamente medida pelos métodos que usa na aplicação da sua lei penal”.<sup>1</sup>

O estatuto de direitos e deveres dos acusados, em geral, tem seu arcabouço não apenas na norma infraconstitucional, mas também, e sobretudo, tem origem constitucional, porquanto, como já dito, “os modelos democráticos de processo penal assumem directamente uma intrínseca conformação constitucional”.<sup>2</sup>

Além disso, tal estatuto de direitos está consagrado em diversos tratados internacionais. Assim, adiante, trataremos dos princípios constitucionais que entendemos mais relevantes no que tange à proteção do acusado e à garantia de um desenvolvimento processual penal justo e equânime.

Adverta-se que há inúmeros outros princípios constitucionais que convergem para a proteção da pessoa humana e do cidadão, garantindo-lhes uma vasta gama de direitos e garantias individuais. O estudo de todos esses princípios poderia ocupar centenas de páginas, o que fugiria aos objetivos deste trabalho.

É verdade que a proteção à integridade física, à vida, a proibição da tortura, tudo isso encontra amparo constitucional em diversos ordenamentos jurídicos. Há regras e princípios de proteção ao condenado, como a vedação de penas cruéis, a individualização da pena, a humanização das penas, entre outros. Porém, tratamos agora dos princípios básicos de proteção do acusado e não do condenado por algum crime.

Nessa esteira, pelo menos cinco princípios serão especialmente tratados, quais sejam: a) a dignidade da pessoa humana; b) a presunção de inocência; c) a ampla defesa e o contraditório; d) o devido processo legal e; e) o direito ao silêncio.

---

\* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Graduado pela UFMG. Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> SCHAEFER. *Federalism and state criminal procedure*. 70 Harv.L.Rev. 1, 26 (1956) *apud* WARREN, Earl. Homem prevenido. Os direitos de Miranda. *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, março, 1995, p. 64.

<sup>2</sup> GASPAR, Antônio Henrique. As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução. In: *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 87.

Nas diversas constituições dos diversos países politicamente democráticos não será incomum encontrarmos um rol de direitos e garantias individuais destinado à proteção do cidadão contra o poder do Estado.

Mormente em se tratando de acusados da prática de um crime, tais preceitos constitucionais assumem papel importantíssimo na proteção contra os excessos, seja na atividade de investigação, seja no curso do processo penal.

Assim relata Ionilton Pereira do Vale: “Nas democracias mesmo os criminosos são sujeito de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade”.<sup>3</sup>

Na Constituição da República Federativa do Brasil, aqueles princípios estão dispostos no artigo 1º, inciso III, em que dignidade da pessoa humana é fundamento da República; no artigo 5º, inciso LVII, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, garantindo a presunção de inocência; no artigo 5º, inciso LV, pelo qual “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; no artigo 5º, inciso LIV, em que é expresso no sentido de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e; no artigo 5º, inciso LXIII, em que restou consagrado o direito ao silêncio, na medida em que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada à assistência da família e de advogado”.

A Constituição da República Portuguesa, nos artigos 1º, 13º, item 1, 26º, itens 2 e 3, 67º, item 2, alínea “e” e 206º trata da dignidade da pessoa humana em diversos aspectos, tanto como base da República Portuguesa, tanto como conceito inerente à igualdade social e ao direito pessoal, bem como inserido no contexto de proteção à família e, especialmente, na salvaguarda da dignidade humana nos tribunais; no artigo 32º, item 2, estabelece que todo “arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”; no artigo 32º, itens 1, 5 e 10, dita que “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa”, bem como que a audiência de julgamento e os atos instrutórios estão “subordinados ao princípio do contraditório” e que “são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa” e; no artigo 20.º, item 4, assegura-se que todos têm direito a uma decisão em prazo razoável e “mediante processo equitativo”, garantindo-se o devido processo legal. Por fim, quanto ao direito ao silêncio, o mesmo não se encontra expressamente previsto na Constituição Portuguesa. Todavia, doutrina e jurisprudência o reconhecem como princípio constitucional implícito.

Nesse sentido, vale colacionar:

Ao contrário de outras Leis Fundamentais, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não tutela expressamente o *nemo tenetur*. A consagração expressa no princípio surge no Código de Processo Penal (CPP), na vertente do direito ao silêncio (arts. 61º, nº 1, al. d), 132º, nº 2, 141º, nº 4, a), e 343º, n. 1, do CPP). Maugrado (*sic*) a ausência de previsão na CRP, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*. [...] O princípio *nemo tenetur* goza de consagração constitucional implícita no Direito português [...], e desdobra-se numa série de corolários, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio.<sup>4</sup>

Assim, também não é diferente a Constituição da República Italiana. Em seus artigos 2º e 3º, inseridos dentre os direitos fundamentais, a dignidade humana ganha relevo como proteção aos direitos da personalidade, bem como, enquanto dignidade social, garante a igualdade entre as pessoas. Também no artigo 41 estabelece que a dignidade humana é um dos limites da livre atividade econômica. No artigo 111 está garantido o contraditório e a ampla defesa, com os meios de prova a eles inerentes, sendo expresso o artigo 24, no sentido de que a defesa é um direito inviolável. A presunção de inocência está consagrada no artigo 27, em que ninguém pode ser tido como réu [*sic*, culpado] sem a condenação definitiva. O devido processo legal também está garantido na redação do artigo 24, que afirma que a ‘jurisdição’ atua segundo o justo processo regulado pela lei.

Também quanto ao direito ao silêncio do acusado, ensina a doutrina que

<sup>3</sup> VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios Constitucionais do Processo Penal, na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009, p. 182.

<sup>4</sup> DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 14-15

embora a Constituição italiana não reproduza expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, entende-se que ele se insere no direito à autodefesa, tutelado no art. 24, n. 2, do texto constitucional, na perspectiva de não-colaboração e ainda na presunção de não culpabilidade (art. 27, n. 2, do mesmo texto). [...] O Código de Processo Penal em vigor estabeleceu, no Título IV, dedicado ao acusado, algumas disposições que refletem o posicionamento do legislador quanto ao *nemo tenetur se detegere*. [...] Algumas regras foram estabelecidas para evitar qualquer fraude com relação aos direitos e garantias do acusado, inclusive a faculdade de não responder ao interrogatório.<sup>5</sup>

A Constituição Espanhola, por sua vez, estabelece em seu artigo 10, item 1, que a dignidade da pessoa e os direitos que lhe são inerentes são fundamentos da ordem política e da paz social; no artigo 24, item 1, assegura o direito de defesa ao afirmar que ninguém poderá estar indefeso em juízo; no artigo 24, item 2, garante o direito de não produzir-se prova contra si mesmo (direito ao silêncio), bem como estabelece o devido processo legal e o contraditório, de modo a se garantir a regular tramitação do processo com todas as garantias a ele inerentes, consignando o direito de produzir os meios de provas pertinentes à defesa.

Por fim, a Constituição dos Estados Unidos da América, na Emenda V, expressamente garante que ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra si mesmo (direito ao silêncio) e que deve ser observado o devido processo legal para que alguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens.

Vencido esse breve esboço histórico em relação a diversos textos constitucionais, passemos à análise daqueles cinco princípios.

## 2 Princípios básicos

### 2.1 Dignidade da pessoa humana

Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Kildare Carvalho, conceitua a dignidade humana como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>6</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana bem poderia ser chamado de um super-princípio de direito. Isto porque parte do pressuposto de que todo o ordenamento jurídico deve ter como último fim a proteção do ser humano e a sua realização tanto individualmente quanto como um ser social.

Segundo Canotilho,

concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa de direitos pessoais tradicionais – como o direito à vida, à integridade física e moral, etc – esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma teoria do ‘núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 59-60 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada, 1.º Volume*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 70 *apud* GONÇALVES, Fernando. ALVES, Manuel João. *A prova do crime*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 42.

Por sua vez, Jorge Miranda afirma que os direitos e garantias individuais têm seu fundamento ético na dignidade da pessoa humana e que nela repousa a constituição portuguesa, “na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”<sup>8</sup>.

Portanto, muito mais do que tratando de simples proteções individuais, a dignidade humana deve ser entendida sob o prisma de que todo sistema jurídico tem um único destinatário, que é o ser humano, e, portanto, na interpretação das normas que compõem esse sistema, a solução deve sempre pender para a garantia do desenvolvimento humano individual, social e econômico.

A dignidade humana significa que o ser humano, diferentemente das coisas, é um ser que deve ser tratado e considerado em si mesmo, e não como meio para se obter um resultado. Por ser racional, a pessoa tem a capacidade de viver autonomamente e de guiar-se pelas suas próprias escolhas racionais.<sup>9</sup>

Tratando-se de investigar o valor probatório das declarações do acusado em processo penal, é evidente que a inviolabilidade física e psíquica dele, como corolário da dignidade humana, é questão de suma importância.

É o reconhecimento do direito à dignidade enquanto ser humano que veda simplesmente desfazer-se da condição humana do acusado para tratá-lo como mero objeto da relação processual.

Portanto, todo procedimento capaz de violar a integridade física, psíquica, moral ou psicológica do acusado atenta contra a dignidade humana e deve ser coibido, e a ele deve ser garantido o direito de se defender da forma como lhe aprouver, seja mantendo o silêncio, seja exercendo o direito de ser ouvido.

## 2.2 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência ou estado de inocência tem sua origem nas idéias iluministas que encamparam as revoluções sociais do século XVIII, especialmente na Revolução Francesa de 1798, tendo sido incorporado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 9.º, que estabelece: “*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*”<sup>10</sup>.

Beccaria, em seu clássico *Dos delitos e das penas*, ensinava que um homem não pode ser considerado culpado antes da decisão do juiz<sup>11</sup>.

Não foi diferente a Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA, que, em seu artigo 8º, número 2, dispõe que “*toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”. Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU, em seu artigo 14, número 2, estabelece que “*Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente provada sua culpa*”. Assim também a Convenção Européia dos Direitos do Homem, em seu artigo 6º, número 2, pelo qual “*qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”.

Como base conceitual do referido princípio está a idéia de que todos os homens nascem livres e inocentes, o que deve perdurar até uma decisão final contra a qual não caiba mais recurso.

Extrai-se, portanto, em síntese, que medidas restritivas de direitos, anteriores a uma decisão judicial definitiva, apenas são admissíveis de forma excepcional. Em regra, o acusado é inocente até que haja condenação transitada em julgado demonstrando o contrário.

Se há presunção de que o acusado é inocente, logo, o ônus da prova do contrário é da acusação. O acusado não tem que provar que é inocente, porquanto isso é presumido. Ao contrário, cabe à acusação provar os elementos que indicam que o acusado é culpado.<sup>12</sup> Evidente que à defesa incumbe demonstrar os fatos que alega, como, por exemplo, ter o acusado agido em legítima defesa

<sup>8</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, t. 4*, p. 166-168 apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

<sup>9</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 546-547.

<sup>10</sup> [Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei].

<sup>11</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 1998.

<sup>12</sup> GOMES, Luis Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In: GOMES, Luis Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo, RT, 1999, p. 111-112.

ou seu estado de necessidade, mas não precisa demonstrar que não cometeu o crime ou que é inocente.

Com efeito, “o princípio da inocência opera assim uma concentração do ônus da prova na acusação”.<sup>13</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

*Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet.*<sup>14</sup>

O Código de Processo Penal brasileiro é expresso no sentido de que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, como se vê da leitura do artigo 156 daquele diploma legal.

Diante desse contexto, estando, como regra, o ônus da prova no processo penal a cargo da acusação, não há como querer obrigar o acusado a falar, seja em juízo, seja fora dele.

Consequentemente, mantendo-se em silêncio o acusado e não havendo provas do crime, pairando a dúvida sobre a autoria e a materialidade do delito, a absolvição será a decisão mais adequada ao caso, consagrando o princípio *in dubio pro reo*.

### 2.3 Direito ao silêncio

Quanto ao direito de calar ou direito ao silêncio, o mesmo decorre do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, isto é, o direito de não auto-incriminação.

Ninguém poderá, então, ser obrigado a falar em juízo ou fora dele; e, feita a opção pelo silêncio, o mesmo não pode ser utilizado em desfavor do acusado. Em nenhuma hipótese o silêncio importará em confissão.

A Convenção Americana de Direitos Humanos /OEA, em seu artigo 8.º, número 2, alínea “g” estabelece que a pessoa tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Assim também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU, que, em seu artigo 14, número 3, alínea “g”, menciona o direito de toda pessoa “*não ser obrigada a depor contra si própria ou a confessar-se culpada*”.

Ademais, não pode o juiz insistir na confissão ou na prestação de declarações por parte do acusado. Ao contrário, deve garantir o exercício desse direito de calar, inclusive advertindo o acusado de que o silêncio não importará em prejuízo para a sua defesa.

Também já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Ministro Celso de Mello:

Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que delimitam, nitidamente, o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios, *verbis*: ‘...tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado

<sup>13</sup> MOURA, José Souto de. *A questão da presunção de inocência do arguido*. In Revista do Ministério Público, ano 11.º, n.º 42 (abr-jun, 1990).

<sup>14</sup> HC 73338/RJ - RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 13/08/1996. Em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24.11.2011.

negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.<sup>15, 16</sup>

Assim também é expresso o Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 186, que estabelece que depois “de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

E ainda consagra no parágrafo único do mesmo dispositivo legal que o “silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Não é diferente o Código de Processo Penal português, que, em seu artigo 61º, número 1, alínea “d”, estabelece como direito do arguido não responder as perguntas que lhe forem feitas sobre o fato em causa.

Com efeito, o direito ao silêncio representa uma importante garantia do cidadão acusado contra o poder do Estado, e, mais do que ter o direito, é preciso que o acusado seja informado sobre esse direito. Significa dizer que antes do direito de ficar em silêncio, tem o acusado o direito de saber que pode ficar em silêncio sem prejuízo de sua defesa.

Assim, a falta de comunicação do direito ao silêncio é vício grave que inquina de nulidade as declarações do acusado. A advertência de que pode permanecer calado sem se prejudicar deve ser, portanto, formal e expressa, sem a qual não há correção no depoimento que for colhido, seja em juízo, seja em sede de inquérito policial.

## 2.4 Ampla defesa e contraditório

O direito de ampla defesa funda-se na ideia de que o acusado é parte hipossuficiente ante a força do Estado e, portanto, a ele devem ser garantidos os meios adequados para poder resistir à pretensão punitiva estatal. O direito de defesa engloba, evidentemente, todas as fases processuais, porquanto em qualquer momento ou grau de jurisdição é vedada a ausência de defesa do acusado.

Embora o direito de defesa, em geral, seja tido como facultativo, no processo penal, tal característica não pode ser afirmada. Com efeito, ninguém pode ser julgado criminalmente sem direito de defesa. Mesmo que o acusado não queira se defender, a ele será nomeado um defensor público ou dativo que terá o encargo de apresentar uma defesa no processo criminal. Daí, conclui-se que o direito de defesa é indisponível, não podendo o Estado permitir que alguém seja processado criminalmente sem um defensor.

Assim sumulou o Supremo Tribunal Federal brasileiro: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.<sup>17</sup>

No entanto, é preciso fazer uma distinção entre a defesa técnica e a defesa pessoal ou autodefesa. A defesa técnica é aquela exercida por um advogado, constituído ou dativo, ou por um defensor público. Por sua vez, a defesa pessoal ou autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado nas oportunidades que tem de se pronunciar no processo criminal. Há quem pretenda fazer, é verdade, a distinção entre defesa pessoal e autodefesa, sendo a segunda aquela exercida pelo acusado que tem formação técnico-jurídica e postula e debate em causa própria,<sup>18</sup> mas tal distinção, em nosso sentir, tem menor relevância.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho entendem que o interrogatório compõe, primordialmente, a chamada autodefesa do réu.

Consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como ainda o considera o Código de Processo Penal de 1941:

<sup>15</sup> RHC 71421-/RS - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 03.05.1994. Em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24.11.2011.

<sup>16</sup> Sobre a interpretação do direito ao silêncio no STF, ver: BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

<sup>17</sup> Súmula 523, STF.

<sup>18</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão amplitude e limites*. São Paulo: RT, 2001.

arts. 185 e segs.) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão.<sup>19</sup>

A defesa pessoal por parte do acusado é feita, mormente, durante o interrogatório, porquanto é neste momento que é dada ao acusado a oportunidade de, com suas palavras, refutar a acusação ou mesmo apagar-lhe as arestas ou, ainda, confirmá-la confessando os fatos.

Mas não é só isso. O direito de defesa pessoal ainda se manifesta no direito de estar presente durante a instrução do processo em audiência, podendo acompanhar a prova que será produzida.

Determina o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU, em seu artigo 14, número 3, alínea “d”, que toda pessoa tem direito de “ser julgado em sua presença”, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA, em seu artigo 8º, número 2, alíneas “d” e “f”, esclarece que é “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor”.

Também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabelece, em seu artigo 6º, número 3, que o

acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Quanto ao exercício do contraditório, o mesmo é decorrência do próprio direito de defesa. Com efeito, o contraditório pressupõe: a) a comunicação sobre o andamento processual (citações e intimações) e; b) a possibilidade de manifestação a tempo e modo. Como conseqüência patente dessa conjugação entre comunicação e possibilidade de manifestação está a faculdade de influenciar na decisão judicial.

Em verdade, situa-se o contraditório como um dos pilares do processo penal de natureza acusatória. Canotilho<sup>20</sup> ensina com propriedade que decorre do princípio do contraditório, pelo menos dois direitos do acusado, quais sejam ser ouvido pelo juiz (direito de audiência) e poder intervir no processo.

Fincado nas lições de Ada Pellegrini, o contraditório não pressupõe apenas o sentido negativo de oposição ou resistência, mas um sentido positivo de influência, incidindo ativamente no desenvolvimento e resultado do processo.<sup>21</sup>

Como exemplo de garantia do contraditório, vale citar entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: “no mandado de segurança impetrado pelo ministério público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.<sup>22</sup>

## 2.5 Devido processo legal

A garantia de observância do devido processo legal (*due process of law*) pode ser conceituada como o dever de observância por parte do Estado de normas procedimentais para o exercício do *jus puniendi*.

Trata-se, efetivamente, do respeito às normas processuais pré-estabelecidas no que tange ao desenrolar dos atos processuais decorrentes da persecução penal, garantindo-se o direito de comunicação dos atos processuais (salvo as raras exceções legalmente previstas), o direito de apresentação de defesa em determinado prazo e de produção de provas no prazo e forma

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Searance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>20</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 206.

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>22</sup> Súmula 701, STF.

adequados, bem como, garantindo-se um julgamento por órgão imparcial e predeterminado (juiz natural).

Ionilton Vale argumenta que:

*o direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao due process of law, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal[...].*<sup>23</sup>

Ainda, nas lições de Alexandre de Moraes, “o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o estado-persecutor e plenitude de defesa [...]”.<sup>24</sup>

Analisando o ordenamento jurídico norte americano, Peter J. Messitte confirma o conceito do instituto: “o nosso sistema de justiça penal inclui o princípio do devido processo de lei, através do qual me refiro a procedimentos regulares conduzidos de acordo com a lei”.<sup>25</sup>

### 3 Conclusão

Em síntese, o acusado tem o direito de ser ouvido no curso de um procedimento regularmente disciplinado para tanto (devido processo legal), oportunizando-se a apresentação de defesa pessoal e técnica e a possibilidade de influenciar a decisão judicial (ampla defesa e contraditório), sem que seja violada a sua condição de ser humano e, portando, a sua integridade física e psíquica (dignidade humana), garantindo-se sempre a voluntariedade das declarações, não sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo (direito ao silêncio), tudo isso amparado na presunção de inocência.

Esse é o arcabouço mínimo que deve ser garantido pelo poder público através de suas instituições e das pessoas que dela fazem parte, sob pena de grave violação do estado de direito democrático.

Sem isso, assistiríamos o império da barbárie e a falência do ser humano, enquanto destinatário da norma jurídica.

E assim é que a presença do defensor, junto ao acusado, em todos os momentos da persecução penal é de suma importância para o respeito aos princípios básicos de proteção ao acusado.

Não que possa o defensor interferir em todos os atos, mas tem, sem qualquer dúvida, o direito de acompanhar a sua realização, restando como única exceção possível a hipótese de diligências investigativas sigilosas, em que a reserva da atuação é condição inafastável do ato, sob pena de absoluto fracasso do mesmo, como, por exemplo, no caso de uma interceptação telefônica ou de uma busca e apreensão.

Nesse contexto, após tudo o que foi exposto, destaco o interessante título de artigo publicado por Rui da Silva Leal: “Eu sou arguido... amanhã: os direitos de garantia”<sup>26</sup>.

É exatamente esse exercício de empatia que se deve fazer ao analisar os direitos do acusado no processo penal: colocar-se no lugar do acusado e compreender que os direitos constitucionalmente garantidos não são privilégios, mas fundamentos mínimos de sobrevivência do estado de direito democrático.

### 4 Referências

<sup>23</sup> VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios constitucionais do processo penal, na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009, p. 309.

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>25</sup> MESSITTE, Peter J. *Um resumo do processo penal americano*. In: *A justiça nos dois lados do atlântico: Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Comunicações apresentadas num Seminário na Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Lisboa, 1997, p. 30.

<sup>26</sup> LEAL, Rui da Silva. *Eu sou o arguido... amanhã*. In: *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada, 1.º Volume*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 70 *apud* GONÇALVES, Fernando. ALVES, Manuel João. *A prova do crime*. Coimbra: Coimbra, 2009,.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

GASPAR, Antônio Henrique. As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução. In: *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

GOMES, Luis Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In: GOMES, Luis Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo, RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Searance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

LEAL, Rui da Silva. *Eu sou o arguido...amanhã*. In: *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

MESSITTE, Peter J. *Um resumo do processo penal americano*. In: *A justiça nos dois lados do atlântico: Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Comunicações apresentadas num Seminário na Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Lisboa, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, t. 4*, p. 166-168 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, José Souto de. *A questão da presunção de inocência do arguido*. In *Revista do Ministério Público*, ano 11.º, n.º 42 (abr-jun, 1990).

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão amplitude e limites*. São Paulo: RT, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 59-60 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHAEFER. *Federalism and state criminal procedure*. 70 Harv.L.Rev. 1, 26 (1956) *apud* WARREN, Earl. Homem prevenido. Os direitos de Miranda. *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, março, 1995.

VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios Constitucionais do Processo Penal, na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009.