

APONTAMENTOS SOBRE A EVOLU- ÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓ- RIO NO PROCESSO PENAL.

*NOTES ABOUT THE
EVOLUTION OF THE
CONTRADICTION PRIN-
CIPLE IN THE CRIMINAL
PROCESS*

*Felipe Martins
Pinto¹*

Resumo

Este texto traz uma análise história do princípio do contraditório existente no Processo Penal.

Palavras-chave: História do Direito Processual Penal. Contraditório. Processo Penal.

Abstract

This paper presents an analysis of the history of the existing adversarial principle in criminal procedure.

Keywords: History of the Criminal Procedure Law. Contradictory. Criminal Procedure.

1. RESENHA HISTÓRICA

A evolução do direito constitucional de defesa se confunde com a própria marcha de desenvolvimento da civilização histórica² e a sua origem remonta a mais de 5 séculos antes da Era Cristã, não sendo precisa a data exata do seu surgimento.

O Velho Testamento da Bíblia, ao referir-se ao julgamento de Adão, aquele que segundo as escrituras bíblicas foi o primeiro julga-

² A análise é desenvolvida sob o ponto de vista europeu que divide o desenvolvimento da humanidade em cinco etapas: Pré-história, Antiguidade, Idade média, Idade moderna e Idade Contemporânea. A Pré-história inicia-se com o surgimento do homem há cerca de 3,5 milhões de anos e vai até o surgimento da escrita, no ano 4.000 a.C, a partir daí, tem-se o começo da História. O presente estudo restringiu a perquirição da origem do Direito de Defesa ao Período Histórico, pois na fase anterior, diante da inexistência de registros escritos, a reconstrução dos fatos e situações dependia de achados arqueológicos, o que reduz a precisão dados obtidos.

¹ Advogado Criminalista. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UFMG

mento realizado na terra, apresenta o que pode ser compreendido como uma semente do direito de resistência, pois Deus não condenou Adão sem que antes lhe desse o direito de se manifestar³.

Na Grécia Antiga, em Atenas, no ano de 441 a.C., encenou-se a peça *Antígona*⁴ de Sófocles, escrito

³ Gênesis: 3, ⁹Mas o Senhor Deus chamou o homem, e disse-lhe: "Onde estás?" ¹⁰E ele respondeu: "Ouvi o barulho dos vossos passos no jardim; tive medo, porque estou nu; e ocultei-me." ¹¹O Senhor Deus disse: "Quem te revelou que estavas nu? Terias tu porventura comido do fruto da árvore que eu te havia proibido de comer?" ¹²O homem respondeu: "A mulher que pusestes ao meu lado apresentou-me deste fruto, e eu comi."

⁴ Édipo, no momento em que descobriu que seus 4 filhos foram concebidos da relação dele com sua própria mãe, Jocasta, num gesto de autoflagelo, traspassou seus olhos e passou a vagar pela Grécia, conduzido por sua filha Antígona. Após a sua morte, dois de seus

referente ao Direito Natural, e emblemático na discussão sobre a origem do direito de defesa, na qual se representa o julgamento da personagem Antígona, que formula a sua defesa questionando a validade da norma escrita em face das leis não-escritas e manifestando assim, o direito de

filhos iniciaram uma contenda pelo poder político de Tebas, tendo um irmão assassinado o outro. Creonte, tio dos irmãos mortos, passou a exercer o governo da cidade. Em seu primeiro decreto, o novo governante proibiu que sepultassem Polínicos, um dos irmãos mortos – impedindo, assim, segundo as crenças gregas, que seu espírito pudesse alcançar a paz eterna, sob o fundamento de traição à pátria, infração esta cuja pena cominada era a morte do criminoso.

Antígona, desobedecendo as ordens do Rei Creonte, sepultou Polínicos, prestando-lhe as homenagens fúnebres e sendo, por esta razão levada à presença do Rei para que este lhe impusesse a devida punição. Diante do Rei, Antígona, em sua defesa, invocou as leis eternas que regem o mundo, de caráter universal, cujas origens se perdiam na perspectiva do tempo e que deviam predominar sobre as leis escritas. *In SÓFOCLES. Édipo Rei – Antígona*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 81 – 137.

resistência, gérmen do direito de defesa.

Adentrando-se, mais técnica e precisamente no desenvolvimento do direito de defesa, enceta-se a análise a partir da antiguidade, na Roma Republicana e na Grécia, onde o processo era do tipo acusatório puro, constituindo a defesa em um direito indiscutível do acusado que, desde o início da persecução, conhecia a imputação contra si formulada, situando-se em um mesmo plano jurídico da acusação. O imputado que no início agia pessoalmente, em um segundo momento recebia a assistência de um orador eloquente e especialista, que possuía toda a liberdade para exercer a defesa de seus clientes⁵

Posteriormente, o regime imperial impôs restrições próprias do novo sistema: o segredo e a redução a escrito dos atos da instrução. A defesa foi extremamente mitigada na primeira fase

processual, readquirindo seu vigor nos debates orais⁶.

Com a queda do Império Romano, os Povos Bárbaros impuseram o seu poder e, no tocante à defesa do acusado, com exceção das ordálias (juízos ou julgamentos de Deus)⁷, nas quais não existia a possibilidade de defendimento, manteve-se a garantia de defesa, podendo o acusado comparecer em juízo na companhia de seus parentes e amigos. No entanto, não era sempre presente a possibilidade do mesmo eleger um patrono ou procurador⁸.

A partir da instauração do modelo inquisitório medieval, o processo tornou-se escrito e marcado pelo sigilo interno e externo, na

⁶ *Ibidem.* p. 373-374.

⁷ Consistiam elas em submeter o acusado a uma certa e determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sair dela com vida se fosse culpado. Esta espécie encontra-se em quase todos os povos primitivos. A este respeito: TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal.* Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 210-211.

⁸ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1969. p. 374.

⁵ MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1969. p. 373.

medida em que o acesso aos atos processuais era vedado tanto às pessoas em geral que não integravam a relação processual, quanto ao próprio imputado⁹, que perdeu a condição de parte e se converteu em um mero objeto do processo. O direito à defesa perdeu conteúdo e se tornou uma singela formalidade¹⁰.

O defensor não tinha acesso aos atos processuais instrutórios¹¹ e a sua escolha era feita a partir de um grupo de dois ou três advogados do próprio tribunal, que tinham por função primordial explicar ao acusado a sua posição, bem como os riscos que corria, induzindo-o a dizer a verdade¹², o que, significava de fato confessar a imputação que deflagrou a apuração.

Havia a concentração das funções de acusação e julgamento em uma mesma pessoa que possuía uma ampla liberdade na perquirição de ofício das provas, dentre outros amplos poderes, em flagrante disparidade com a situação de completo desamparo a que era submetido o imputado, em face do qual, era prevista uma prisão preventiva por prazo suficiente para que o juiz acusador recolhesse os elementos de prova¹³.

Ocorrida a Revolução Francesa e introduzida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, as modificações que se seguiram convergiram para a necessidade de se abolirem as restrições impostas à defesa do imputado.

No Brasil, a primeira Constituição, promulgada em 1824, trouxe algumas limitações ao *jus puniedi* do Estado: princípio do juiz natural, princípio da anterioridade da lei penal e a proibição de Tri-

⁹ LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 5. Ed. Turim: G. Giappichelli, 2002. p. 5.

¹⁰ MARICONDE, Alfredo Vélez. *op cit.* p. 375

¹¹ MARICONDE, Alfredo Vélez. *op cit.* p. 375

¹² CÁRCE, Ricardo Garcia. *L'inquisizione*. Milão: Fenice2000, 1994. p. 37.

¹³ LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 5. Ed. Turim: G. Giappichelli, 2002. p. 5.

bunais de exceção. No entanto, no tocante à regulação dos atos processuais, delegou tal tarefa às normas infraconstitucionais¹⁴.

Em 1891, publicou-se oficialmente a primeira Constituição Brasileira Republicana, cujas bases estavam alicerçadas no constitucionalismo norte-americano, tendo sido elaborada em estreita sintonia com a Constituição Americana de 1787, esta última havendo sofrido decisiva influência da ideia de direito natural¹⁵. Ambos os textos constitucionais apoiavam-se na separação dos poderes

políticos e no controle judicial dos atos dos poderes públicos¹⁶. Ademais, a Constituição de 1891 determinou, de maneira expressa, a necessidade de se conceder aos acusados a ampla defesa com os recursos a ela essenciais, inserindo a nota de culpa na condição de componente do referido princípio¹⁷.

A Constituição de 1934¹⁸ manteve a garantia da ampla defesa sem, no entanto, adentrar na especificidade da nota de culpa, como fizera o texto anterior.

¹⁴ Art. 179. (...)

(...)

XI – Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fôrma por ella prescripta.

(...)

XVII - A excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem commissões especiais nas causas cíveis ou crimes.

¹⁵ A idéia do direito natural foi a base do pensamento de dois autores ingleses: o juiz Sir Edward Coke (1552-1634) e o filósofo John Locke (1632-1704)

¹⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988*, in Revista dos Tribunais, 1997. Ano 22. p. 176.

¹⁷ Art. 72. (...)

(...)

§ 16. Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

¹⁸ Art. 113. (...)

(...)

XXIV - A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a esta.

Já na Constituição de 1937, de cunho autoritário, não foram previstas garantias constitucionais do processo que voltaram a ter assento constitucional na Carta de 1946¹⁹, a qual sofreu influências das ideias trazidas pelo Projeto de Código de Procedimentos Cíveis de Eduardo Couture, de 1945, que instaurou uma inclinação reformista na América Latina. Importante relevar que a Constituição de 1946 inaugurou a elevação do princípio do contraditório à condição de princípio constitucional expressamente previsto e, novamente, previu a ampla defesa (chamada plena defesa) e, atrelada a ela, as regras para a emissão da nota de culpa²⁰.

¹⁹ Art. 141. (...)

(...)

§ 25. É assegurada aos acusados a plena defesa, com todos os meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada, pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao prêso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

²⁰ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

Em 1948, elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹ que fortaleceu sobremaneira os recursos de garantia dos direitos individuais e de imposição de limites ao *jus puniendi*, asse-

dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

²¹ Art. IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Art. X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Art. XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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.

gurando aos acusados, instrumentos de defesa contundentes.

A Constituição de 1967 reafirmou os direitos à ampla defesa e ao contraditório, atrelando-os ao princípio da vedação de Tribunais de exceção e ao princípio da anterioridade da lei penal²². A EC/nº 1 de 1969, por muitos considerada uma nova constituição, manteve em seu art. 153 as regras da carta de anterior.

Também em 1969, no dia 22 de novembro, foi aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica, o Pacto de São José da Costa Rica²³, que, dentre os

²² Art. 150 (...)

(...)

§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

²³ Art. 8 - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

3. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

4. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

5. concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

6. direito ao 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;

inúmeros direitos fundamentais do homem, imprimiu significativo destaque às ga-

7. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

8. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

9. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

10. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

11. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

12. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

13. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

rantias judiciais. É de se relevar que o Brasil somente a ratificou no dia 25 de setembro de 1992.

A Constituição de 1988, instrumento legal máximo do ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, inaugura uma postura inédita do Estado Brasileiro, centrada no asseguramento do exercício dos direitos fundamentais do indivíduo, tendo ampliado as garantias do contraditório e da ampla defesa, assegurando, sem restrições, a observância de ambos em todos os processos administrativos e judiciais, bem como aos acusados de modo geral²⁴.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

²⁴ Art. 5º. (...)

(...)

LV – 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;

No século XIX, construiu-se uma definição do princípio do contraditório, influenciada pela concepção liberal clássica, a conquista se limitou à positivação, pois, concretamente, detinha um caráter meramente formal, como detinham praticamente todas as garantias do Estado Liberal, sem plena eficácia na prática jurídica. Neste período, o contraditório era concebido como a garantia processual de ouvir e ser ouvido, representado pelo brocado latino *audiatur et altera pars*.

Importante ressaltar que o princípio do contraditório, nos moldes como foi insculpido pelo Estado Liberal, cumpriu a sua missão, pois reconheceu expressamente a sua necessidade para a válida instrução processual.

Entretanto, hoje, o contraditório formal, sem pretensões de efetividade, não oferece respostas adequadas às necessidades mais prementes. Dessa forma, a manutenção da influência das ideias liberais individualistas no direito processual, notadamente, no direito processual penal, vêm sendo direta-

mente responsável por irreparáveis e inumeráveis injustiças.

Andrea Pisani, ao criticar as desigualdades de oportunidades dos contraditores em processo informados pelos ideais liberais, concluiu que

a relação jurídica pressupõe que à igualdade formal das partes corresponda a igualdade substancial: somente desse modo é possível deduzir que do livre confronto das partes resulte sempre a justa composição da controvérsia.²⁵

Com o surgimento da proposta de um Estado Democrático de Direito, modificaram-se os parâmetros de tratamento dos direitos e garantias dos indivíduos. Mantiveram-se a liberdade e a dignidade da pessoa humana como valores fulcrais do or-

²⁵ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2. ed. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 224. No original: “*In particolare, in quanto frutto di una concezione liberal-individualista della realtà presuppone che all’eguaglianza formale delle parti corrisponda l’eguaglianza sostanziale: solo in tal modo è possibile ritenere che dal libero scontro delle parti derivi sempre la giusta composizione della controversia...*”

denamento. No entanto, o Estado abandonou a sua postura estática e passou a buscar a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como o direcionamento da organização e funcionamento da máquina estatal tendo em vista a proteção e efetivação desses valores.

Assim, um Estado essencialmente garantista, não pode, simplesmente, dispor os direitos de seus governados, não assegurando a viabilização de realização destes direitos, pois,

em matéria jurídica, é preciso buscar sempre garantias e seguranças. Não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo, porque chegam ocasiões em que será discutido e violado²⁶.

Ademais, a democracia, enquanto eixo estrutu-

rante de um Estado, não se restringe, simplesmente, à forma de seleção dos agentes políticos, compondo-se como critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos.

Diante desta conjuntura, a ordem democrática transpõe-se para o sistema processual que, enquanto vertente do poder estatal, abre o desenvolvimento de seus trabalhos para a participação dos indivíduos, cujos direitos serão afetados pelo provimento, em simétrica paridade de posições jurídicas, sendo-lhes distribuídas as mesmas oportunidades no decorrer do *iter* processual.

A extensão das diretrizes democráticas para a seara do processo reveste-se de transcendental importância, sendo instrumento de efetivação de direitos e eficaz mecanismo de contenção e controle do poder dos governantes, propiciando uma legitimação do Estado, na medida em que permite o aperfeiçoamento da ordem jurídica a partir da abertura às reivindicações dos governados.

²⁶ No original: *En materia jurídica es preciso buscar siempre garantías y seguridades. No basta que un derecho sea reconocido y declarado; es necesario garantizarlo, porque llegarán ocasiones en que será discutido y violado.* In HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madri: Reus. s.d. p. 120.

Para desempenhar os relevantes papéis que lhe são devidos na estrutura do Estado Democrático de Direito, o sistema processual necessita de validade e eficácia, que só podem ser atingidas através de mecanismos que possam garantir a sua concreta realização²⁷.

Dentre os instrumentos que conferem validade e eficácia ao ordenamento jurídico, o princípio constitucional do contraditório é a viga mestra que permite o confronto equânime entre as partes.

Para cumprir este mister, o contraditório deve ser pleno e efetivo. Pleno porque o princípio deve informar todos os atos preparatórios do provimento final e efetivo porque, além da previsão formal, é imprescindível a presença de meios que possibilitem condições concretas para as partes poderem atuar na instrução processual em simétrica paridade.

Como já afirmado, o processo, como decorrência dos ditames do Estado Democrático de Direito, deve ser conduzido de forma a cumprir as garantias positivadas no texto constitucional. Neste sentido, é indispensável que se assevere às partes a permanente e concreta oportunidade de participação na instrução dos atos processuais, pois

o respeito ao contraditório assume o valor de uma condição de legitimidade constitucional da norma processual.²⁸

3. O CONTRADITÓRIO ENQUANTO GARANTIA CONSTITUCIONALMENTE ASSEgurADA

O contraditório ao ter sido inserido no Título II da Constituição Federal de

²⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 130

²⁸ No original: *il rispetto del contraddittorio assume il valore di una condizione di legittimità costituzionale della norma processuale*. In LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile*. Milão: 1957, v. I. p. 229.

1988 que dispõe sobre os direitos e as garantias fundamentais, foi elevado da situação de mero direito para o patamar de garantia constitucional positivado como cláusula pétrea e passou a assegurar à coletividade a prevalência da possibilidade ampla e efetiva de defesa sobre todas as normas incriminadoras, cerceadoras da liberdade e limitadoras de direitos e bens.

Na qualidade de garantia, o princípio do contraditório é essencial não somente aos litigantes e, no caso específico da esfera penal, aos acusados em processos criminais, mas a todo e qualquer indivíduo, ainda que jamais precise se valer, concretamente, do direito de defesa, mesmo que nunca integre uma lide judicial ou administrativa.

O contraditório, enquanto garantia fundamental, disposto no topo máximo da pirâmide normativa, informa todas as atividades estatais, impedindo a promulgação de normas que possam pôr em risco o direito de defesa e a liberdade individual, limitando a atividade de polícia, res-

tringindo o direito de perseguir em juízo e a atividade jurisdicional do Estado, combatendo as arbitrariedades e os abusos de poder.

Mas é importante proceder a um esclarecimento que com certa frequência gera equívocos na prática jurídica: o direito de defesa, assegurado na constituição através dos princípios do contraditório e da ampla defesa detém uma face dupla, pois repercute como dever para o Estado que, necessariamente, deve fornecer condições concretas para viabilizar o exercício pleno e efetivo do direito à defesa, sob pena de mantê-lo numa condição formal e inócua.

Por outro lado, sob a perspectiva do particular, o exercício do direito à defesa não é um dever, mas sim um ônus.

A categoria jurídica do ônus processual dita

o correto direcionamento e a justa medida das conseqüências dos

possíveis comportamentos omissivos das partes²⁹.

Os ônus processuais decorrem da necessidade das partes ministrarem ao julgador os elementos que julgarem ser necessários para auxiliá-los na formação do provimento final, numa apreciação estritamente pessoal.

Dessa forma, são ônus processuais: o comparecimento do acusado ao interrogatório, a defesa prévia, a apresentação do rol de testemunhas e as alegações finais. Importante esclarecer que os ônus processuais não correspondem a um direito da outra parte ou do Estado. Eles são uma necessidade que vai de encontro à satisfação do interesse da própria parte onerada que, caso não se desembarace dos ônus processuais, terá a perspectiva de prejuízos processuais que poderão culminar com uma sentença desfavorável.

Assim, sendo, o acusado não pode ser obrigado a

praticar nenhum ato processual. No tocante aos atos atinentes à comprovação das alegações da acusação, o acusado pode se eximir de participar diante do direito de não produzir provas contra si - *nemo tenetur se detegere*.

Com relação aos atos destinados a instruir a defesa, o acusado não tem o dever de participar, mas sim o ônus de fazê-lo em função de seus interesses e de sua vontade. O Estado Jurisdição tem a obrigação de facultar as situações de defesa e garantir a igualdade de oportunidades entre as partes, mas cabe ao acusado exercer ou não o seu direito, não podendo o mesmo ser compelido a isto³⁰.

A impossibilidade de o acusado ser obrigado a se defender no processo penal tem, também, um assento na coerência lógica, uma vez que a eficácia da corporificação da defesa, depende estritamente da contribuição e da dedicação do acusado, o que

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 245.

³⁰ MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro. v. II. p. 98

resta inviável diante do seu desinteresse.

A partir destas idéias, o acusado não tem a obrigação de depor, de participar de acareação ou de exames periciais. Esta não participação pode dificultar a estruturação da defesa do mesmo, sendo apta, inclusive a gerar uma condenação, pois o meio de prova passível de desmontar os elementos da acusação pode não ter integrado a esfera processual por uma inércia do próprio acusado.

A não contribuição do acusado para o debate processual, poderá trazer ao mesmo o risco de uma sentença desfavorável, pois na disputa processual a acusação não terá suas razões questionadas, e nem será contratada com provas e argumentos de defesa.

No entanto, em hipótese alguma, a recusa em participar dos atos processuais e de se defender pode ser interpretada em malefício do acusado, pois a estrutura processual pátria, em sintonia com o viés garantista do Estado brasileiro, impõe limites

à *persecutio criminis*, neste sentido, o princípio da presunção de inocência³¹, assegura ao suspeito, ao indiciado, ao acusado ou ao condenado em sentença condenatória recorável o estado de inocência que só cessará após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Como decorrência da presunção de inocência, o dever de provar cabe à acusação que, caso não obtenha êxito na busca de elementos probatórios, não poderá sustentar a exordial acusatória, propiciando a ocorrência de uma inevitável sentença absolutória.

Dentro desta premissa, o acusado, mesmo não contribuindo, nem ao menos minimamente para a instrução da lide penal, recusando as possibilidades de defesa que lhe são asseguradas, poderá e será absolvido caso a acusação não comprove a autoria e a materialidade do delito em debate.

³¹ Art. 5 (...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

CONCLUSÃO

1. Os juristas devem pisar e repisar, dia após dia, a opaca visão do Direito obtida pela aplicação nua da lei, conscientizando-se das ambiguidades advindas do emprego do teor literal do preceito normativo e compreendendo o papel dos princípios, em especial, dos princípios constitucionais como diretiva legislativa, política, administrativa e, especialmente, por tocar diretamente ao objeto em análise, jurisdicional, bem como mecanismo de evolução da ordem jurídica em sintonia com o compasso das modificações sentidas na sociedade, sem a necessidade de alteração de sua letra, pois possuem a natureza de uma obra aberta, não contendo definições estáticas que possam engessar o seu conteúdo.

2. No decorrer da História, percebem-se os diversos tratamentos dispensados a um acusado, que, em muitos momentos, sofreu violações em seus direitos, em nome de uma necessidade cega de punir, ou de uma

vidente e deturpada utilização do processo penal como instrumento de dominação. Assim, de acordo com o momento vivido, o processo penal conteve mais ou menos instrumentos de defesa e mecanismos de garantia do acusado: na proporção em que o processado era vítima de mais intensas arbitrariedades, maior era o autoritarismo estatal.

3. O processo penal que hoje temos no Brasil, é fruto, ainda inacabado, de uma complexa evolução histórica que caminha de uma visão privatística para uma compreensão publicística.

4. Diante da referida mudança de visão, Insta adaptar o modelo de processo penal às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a ação criminal sanciona o *jus libertatis*, bem, de relevância extrema e que por isso, deve ser revestido de todas as garantias possíveis, e de forma efetiva.

5. O princípio do contraditório, muito mais que um mero direito a ser ouvido no processo, caracteriza-se como o mecanismo proces-

sual que permite a penetração da ordem democrática no exercício das atividades jurisdicionais.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CÁRCE, Ricardo Garcia. *L'inquisizione*. Milão: Fenice2000, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 5. Ed. Turim: G. Giappichelli, 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988, in Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Ano 22.

MARICONDE, Alfredo Vélez. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1969.

MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro. v. II.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2. ed. Napoli: Jovene Editore, 1996.

SÓFOCLES. *Édipo Rei – Antígona*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.