

**"O PAU QUE NASCE TORTO, NÃO TEM JEITO, MORRE TORTO", DISSE
NOVAMENTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SORTE DE SÉRGIO
GOMES DA SILVA, O SOMBRA!¹**

(...) "*Pode sentar, fique à vontade
Te deu saudade de um amor que, infelizmente, já não há
Pode falar, pode sofrer, pode chorar
Porque, agora, você não me ganha
Eu conheço essa manha
Não vou me curvar mais
Pode tentar, pode me olhar, pode odiar
Pode até sair batendo a porta
Que a Inês já é morta do lado de cá*" (...)
(Batendo a Porta, de João Nogueira e Paulo César Pinheiro)

Aplicando a sabedoria popular e o Direito, especialmente "*a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*", como afirma Geraldo Prado², a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu o Habeas Corpus Nº. 115714, impetrado pela defesa de Sérgio Gomes da Silva, também conhecido por Sombra, para determinar a anulação, desde a fase de

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); "A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares" (2011), "Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo" (2013), "Uma Crítica à Teoria Geral do Processo" e "A Nova Lei de Organização Criminosa", publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal" (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

² Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

interrogatório dos corréus, de ação penal na qual é acusado de ser o mentor intelectual do assassinato do então prefeito de Santo André (SP), Celso Daniel.

O Habeas Corpus foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu liminar com pedido semelhante, no qual a defesa do réu alegou ter sido impedida de questionar os corréus durante interrogatório. Sérgio Gomes da Silva foi denunciado em dezembro de 2003, e pronunciado (decisão que submete o réu a júri popular) em 31 de maio de 2010.

Ele é acusado de ter idealizado e encomendado a morte de Celso Daniel, então prefeito de Santo André, para garantir a execução de delitos contra a administração municipal. A denúncia foi pela suposta prática de homicídio qualificado mediante pagamento, com recurso que impossibilitou a defesa da vítima e com o objetivo de assegurar a execução de outros crimes.

Em voto apresentado no dia 16 de dezembro de 2014, o relator, Ministro Marco Aurélio, assinalou que o art. 188 do Código de Processo Penal dispõe que as partes podem questionar fato não bem esclarecido no interrogatório, formulando as perguntas correspondentes e pertinentes. No caso, destacou o Ministro, o Juiz de primeiro grau desrespeitou o dispositivo ao não permitir que a defesa do réu formulasse perguntas durante o questionamento dos corréus, levando à nulidade absoluta das fases posteriores do processo.

“A situação é toda própria. O paciente é acusado de ser o autor intelectual do crime e, a meu ver, haveria o interesse, até por possível conflito entre as defesas, de pedir esclarecimentos quanto aos depoimentos prestados pelos demais acusados”, sustentou. O relator observou que a defesa técnica é essencial ao processo-crime e que o art. 261 do Código de Processo Penal preconiza que *“nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”*. Salientou que interrogatório dos acusados insere-se entre os instrumentos próprios à elucidação dos fatos, especialmente porque há a possibilidade de discordância nas defesas e essa participação possibilita o questionamento sobre fatos que considere não estarem bem esclarecidos no interrogatório.

“Então, é forçoso concluir pela existência de dualidade no campo das defesas, uma não excluindo a outra. Ao reverso, comungam-se visando o melhor resultado em termos de justiça. Em síntese, a autodefesa não exclui a técnica, ao contrário do que vislumbrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo”, argumentou o relator. Com a decisão, ficam anulados todos os atos processuais na ação penal contra Sérgio Gomes da Silva, em curso na 1ª. Vara da Comarca de Itapeverica da Serra (SP), desde o interrogatório dos corréus, ocorridos em dezembro de 2003. (Fonte: página oficial do Supremo Tribunal Federal, onde consta, inclusive, o nome do paciente, razão pela qual também o indicamos neste artigo).

Como é sabido, a expressão popular acima citada significa, mais ou menos, o seguinte: "o que inicia errado acaba errado." É isso aí! Acertou o Supremo Tribunal Federal...

Aliás, interrogatórios realizados afrontando o Código de Processo Penal, os Pactos Internacionais (o de Costa Rica - art. 8º. e o de

Nova York - art. 14) e a Constituição Federal, tornaram-se lugar comum em nosso País, especialmente em operações policiais "espetaculosas" e ridiculamente apelidadas.

Ora, como se sabe, o interrogatório é o meio pelo qual o acusado pode dar ao Juiz criminal a sua versão a respeito dos fatos que lhe foram imputados pelo acusador. Por outro lado, é a oportunidade que possui o Magistrado de conhecer pessoalmente aquele que será julgado pela Justiça criminal; representa, ainda, uma das facetas da ampla defesa (a autodefesa) que se completará com a defesa técnica a ser produzida pelo advogado do acusado (art. 261, parágrafo único do Código de Processo Penal).

A partir destas primeiras considerações avulta questão sobre a necessidade ou não de o Juiz que preside o interrogatório ser o mesmo que sentencie o interrogado. Em outras palavras, pergunta-se se o Magistrado que irá julgar tem que ser necessariamente aquele que interrogou o réu. A resposta é positiva visto que vigora no Processo Penal brasileiro o princípio da identidade física do Juiz, como acontece no Processo Civil, onde “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor” (art. 132, **caput**, Código de Processo Civil). No processo penal também vige tal princípio donde se conclui que o Juiz interrogante será necessariamente o respectivo julgador, o que é importante e salutar, pois se nos afigura de suma importância para o ato de julgar este contato pessoal entre o julgador e o julgado, e o interrogatório é justamente o momento em que o Juiz conhecerá o acusado, tomará conhecimento pessoal do homem a ser por ele condenado ou absolvido (e não somente através da leitura de um depoimento escrito). Neste sentido, veja-se o art. 399, § 2º: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Como afirma Tourinho Filho, é “*pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena*”. É, destarte, a oportunidade “*para que o Juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração – porque ninguém melhor que o acusado para sabê-lo – e quais os seus motivos determinantes*”. Por isso é meritório esse “*contato entre julgador e imputado, quando aquele ouvirá, de viva voz, a resposta do réu à acusação que se lhe faz*”.³

Ainda a esse respeito, Tornaghi se manifesta no mesmo sentido: “*o interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d’alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral*”.⁴

³ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998, p. 266.

⁴ Hélio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, Rio de Janeiro: José Konfino, tomo III, 1967, p. 812.

Nada impede que, excepcionalmente, o Juiz sentenciante, caso não tenha sido quem presidiu ao interrogatório, proceda à nova inquirição do acusado, nos termos do art. 196 do Código de Processo Penal, ainda que o processo esteja em grau de recurso (art. 616, CPP). Note-se, porém, com Dotti que “*são raríssimas as hipóteses em que o julgador se utiliza destas cautelares regras que prevêm o reinterrogatório, no interesse da apuração do fato e em obséquio à garantia da ampla defesa*”, o que é lastimável.⁵

Por estas razões, ou seja, por configurar ato eminentemente personalíssimo, criticou-se a iniciativa do jurista Luiz Flávio Gomes, então Juiz de Direito, hoje aposentado, que procedeu a um interrogatório à distância através do uso de um computador. Sob o argumento de que o “*Judiciário não pode ficar alheio à modernidade tecnológica*”, o referido penalista admite o interrogatório **on line** “*desde que assegurado o amplo direito de defesa*”.⁶

Condenando esta iniciativa e afirmando que o interrogatório **on line** inaugurava “*um novo estilo de cerimônia degradante*”, Dotti afirmou que a “*tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão*”.⁷

No Brasil já é possível o interrogatório por videoconferência, nos exatos termos dos parágrafos abaixo transcritos, sob pena de se configurar prova ilícita a ser desentranhada dos autos (art. 157, CPP). A excepcionalidade e a fundamentação de tal medida estão expressas no texto legal.

“§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: “I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; “II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; “III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; “IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.”⁸ “§ 3º Da decisão que

⁵ René Ariel Dotti, “O interrogatório à distância”, Brasília: Revista Consulex, n.º. 29, p. 23.

⁶ Luiz Flávio Gomes, “O interrogatório a distância através do computador”, São Paulo: Revista Literária de Direito, novembro/dezembro de 1996, p. 13.

⁷ Idem.

⁸ A propósito, veja-se a lição de Antonio Scarance Fernandes: “O uso de videoconferência, de maneira excepcional, é aceito pelos países, principalmente em casos de criminalidade organizada, terrorismo. Essa nota de excepcionalidade é essencial. A utilização da videoconferência não deve ser pretexto para

determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. “§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. “§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.” “§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.”

Juan Carlos Ortiz Pradillo, define a videoconferência “*como un sistema de comunicación a distancia capaz de transmitir, en tiempo real y a la vez, la imagen, el sonido y los datos, entre personas situadas en dos o más lugares distintos, a través de la línea telefónica, fibra óptica, o vía satélite. En cada punto de conexión se utiliza un equipo compuesto por un televisor o monitor de alta resolución capaz de reproducir la imagen y el sonido, y un equipo de transmisión, de modo que se establece entre los distintos grupos de partícipes una comunicación bidireccional plena en tiempo real de un acto al que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes, como si dicho acto tuviere lugar en la misma sala.*”¹⁰

Segundo Flávio Augusto Maretti Siqueira e Rafael Damaceno de Assis, “*a idéia do interrogatório exploratório on-line, ao nosso ver, é uma experiência que está fadada ao insucesso porque peca por ignorar a malícia humana que se apresenta das mais diversas formas, visando sempre obter as vantagens e escusas para suas condutas erradas, que por estarem sem a presença física do juiz, abertas estarão as oportunidades a deturpação da verdade. Entendemos, ainda, que facilmente poderá ser burlada a ampla defesa e o contraditório, com a violação da Constituição pela insegurança na transmissão dos dados que poderão ser alterados por crackers hábeis na arte de destruir e manipular a realidade virtual. Pelo menos, por ora, entendemos inviável a criação dos interrogatórios virtuais, pela insegurança*

afastar o contato entre o juiz e o preso, ainda mais agora que se consagrou o princípio da identidade física do juiz. O maior problema, assim, está em verificar se a excepcionalidade foi observada pelo legislador. Parece que não, pelo menos com fulcro na imprecisa regra do inciso III, § 2º, do art. 185 que a permite para “responder a gravíssima questão de ordem pública.” (A mudança no tratamento do interrogatório. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 200, p. 19-20, julho 2009).

⁹ “*Demonstrado nos autos que o acusado foi interrogado sem que lhe tivesse sido assegurada sua entrevista reservada com o defensor que lhe fora nomeado (CPP, art. 185, parágrafo segundo, redação da lei 10.792/03), evidente que violados seus direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, assim a nulidade processual é medida que se impõe, restando prejudicada as análises das demais teses. 2 – recurso conhecido e provido, para declarar a nulidade do processo desde e inclusive a audiência de qualificação e interrogatório” (TJGO – 2ª C.- AP 34266-5/213 – rel. Benedito do Prado – j. 25.06.2009 – DOE 06.07.2009).*

¹⁰ “*El uso de la videoconferencia en el proceso penal español*”, São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais nº. 67/2007, p. 175.

jurídica que revestiria o ato, pela falta de proteção eficaz nas transmissões de dados on-line.”¹¹

No Direito Comparado¹², podemos citar como países que adotam a videoconferência para ouvida de acusados, a Espanha¹³, a Itália¹⁴, a França¹⁵ e a Alemanha.¹⁶ Apesar da previsão legal (o que parece satisfará os Ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁷), ainda entendemos, realmente, não ser o interrogatório o ato processual mais adequado para se utilizar os meios tecnológicos postos à nossa disposição e tão necessários à agilização da Justiça criminal.¹⁸ A tecnologia e os avanços da pós-modernidade, evidentemente, trouxeram indiscutíveis benefícios ao nosso cotidiano e devemos utilizá-los de molde a proporcionar a tão almejada eficiência da Justiça, mas com certa dose de critério e atentos ao princípio do devido processo legal.¹⁹ Importante atentarmos, neste aspecto, para Zigmunt Bauman:

¹¹“Interrogatório on-line: Justiça virtual e insegurança processual” - www.ultimainstancia.com.br (06/03/07).

¹² Informações extraídas do artigo de Juan Carlos Ortiz Pradillo, “El uso de la videoconferência en el proceso penal español”, São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º. 67/2007, p. 179 e segs.

¹³ Em virtude do Convênio da União Européia relativo à assistência judicial em matéria penal, de 29 de maio de 2000 (art. 10). Atualmente, o emprego da videoconferência decorre da reforma na Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), por força da L.O. 13/2003, de 24 de outubro (arts. 306 e 325 da LECrim). Também na Espanha, conferir a LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 229.3).

¹⁴ Primeiro País da Europa a regular o uso da videoconferência no processo penal, em 1992, por meio da Lei 7 de Agosto. Posteriormente, ainda na Itália, a Lei 11, de 07 de janeiro de 1998 detalhou a sua utilização. Depois, com a Lei 367, de 05 de outubro de 2001, introduziu-se um art. 205 *ter* no **Codice di Procedura Penale** que prevê o seu uso com países estrangeiros.

¹⁵ Lei 2001-1062, de 15 de novembro de 2001 e Lei 2002-1138, de 09 de setembro de 2002, que modificaram o **Code de Procédure Pénale** (art. 706-61 c/c art. 706-5).

¹⁶ A utilização da videoconferência na Alemanha já era permitida pelos tribunais antes mesmo de qualquer regulamentação legal. Em 1998, a Lei de Proteção de Testemunhas reformou vários dispositivos do Código de Processo Penal alemão (StPO), possibilitando a sua utilização, ainda que para ouvida de testemunhas.

¹⁷ Para Luiz Flávio Gomes, “*não existem motivos sérios que maculem a proporcionalidade da Lei 11.900/2009. A expectativa é de que nosso Supremo Tribunal Federal declare sua constitucionalidade assim como a validade do sistema adotado.*” (Videoconferência e os direitos e garantias fundamentais do acusado – www.paranaonline.com.br – 22 de março de 2009).

¹⁸ No livro “O Inumano, Considerações sobre o tempo”, Jean-François Lyotard afirmava que “*a tecnologia auxilia na transformação dos meios de vida que, de um lado, pode representar alegria, mas, de outro, pode levar o homem ao desespero.*” (apud Gilberto Thums, *Sistemas Processuais Penais*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 183). São de Gilberto Gil estes versos: “*O cérebro eletrônico faz tudo, faz quase tudo, quase tudo, mas ele é mudo. O cérebro eletrônico comanda, manda e desmanda, ele é quem manda, mas ele não anda. Só eu posso pensar se Deus existe, só eu. Só eu posso chorar quando estou triste, só eu. Eu cá com meus botões de carne e osso eu falo e ouço, eu penso e posso. Eu posso decidir se vivo ou morro, porque sou vivo, vivo pra cachorro e sei que cérebro eletrônico nenhum me dá socorro em meu caminho inevitável para a morte. Porque sou vivo, ah, sou muito vivo e sei que a morte é nosso impulso primitivo. E sei que cérebro eletrônico nenhum me dá socorro com seus botões de ferro e seus olhos de vidro.*” (Cérebro eletrônico, 1969).

¹⁹ A favor do interrogatório por videoconferência, Tatiana Viggiani Bicudo, para quem se trata apenas de “*uma outra forma de apresentação do acusado ao juízo, como uma extensão digital da sala de audiência.*” (“Interrogatório por videoconferência – Um outro ponto de vista”, Boletim IBCrim, Ano 15, n.º. 179, Outubro – 2007, p. 23).

*“Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz.”*²⁰

Concordamos com Alberto Silva Franco, para quem *“a videoconferência fere o direito a ampla defesa. Imagine um acusado em um presídio no interior do estado e o juiz, na capital, lhe fazendo perguntas. O advogado precisa estar com seu cliente, assessorando-o. A pergunta que fica é: quem vai fiscalizar o que constará da declaração do preso? Outro ponto é que o depoimento é feito dentro da própria prisão. Já imaginou a filtragem de informação que deve passar dentro do presídio sobre aquilo que o preso declarou ao juiz, ou sobre informações que ele deu sobre comparsas? O preso vai acabar sofrendo retaliações. E, por fim, considero que contato pessoal do juiz com o preso é um dos momentos fundamentais do processo penal, que não pode ser abolido.”*²¹

Antes da alteração ao art. 185, em sessão realizada no dia 14 de agosto de 2007, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal considerou que interrogatório realizado por meio de videoconferência viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Dos cinco ministros que integram a Turma, quatro participaram da votação. Somente o Ministro Joaquim Barbosa estava ausente. A decisão foi tomada no julgamento do **Habeas Corpus** nº. 88914 concedido em favor de um condenado a mais de 14 anos de prisão por extorsão mediante seqüestro e roubo. Os Ministros anularam, a partir do interrogatório, o processo-crime aberto contra ele na 30ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo ao julgarem ilegal o ato, realizado por meio de videoconferência. O interrogatório, determinado por juiz de primeiro grau, foi em 2002. O Ministro Cezar Peluso relatou o caso e afirmou que *“a adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal”* e torna a atividade judiciária *“mecânica e insensível”*. Segundo ele, o interrogatório é o momento em que o acusado exerce seu direito de autodefesa. Ele esclareceu que países como Itália, França e Espanha utilizam a videoconferência, mas com previsão legal e só em circunstâncias limitadas e por meio de decisão devidamente fundamentada. Ao contrário, no Brasil ainda não há lei que regulamente o interrogatório por videoconferência. *“E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto”*, afirmou Peluso. Segundo o Ministro, no caso concreto, o acusado sequer foi citado com antecedência para o interrogatório, apenas instado a comparecer, e o juiz em nenhum momento fundamentou o motivo de o interrogatório ser realizado por meio de videoconferência. Os argumentos em favor da videoconferência, que traria maior

²⁰ Ob. cit., p. 15.

²¹ Fonte: Revista Consultor Jurídico, 26 de agosto de 2007.

celeridade, redução de custos e segurança aos procedimentos judiciais, foram descartados pelo ministro. “*Não posso deixar de advertir que, quando a política criminal é promovida à custa de redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante.*” O Presidente da Turma, Ministro Celso de Mello, afirmou que a decisão “*representa um marco importante na reafirmação de direitos básicos que assistem a qualquer acusado em juízo penal*”. Para ele, o direito de presença real do acusado durante o interrogatório e em outros atos da instrução processual tem de ser preservado pelo Poder Judiciário. O Ministro Eros Grau também acompanhou o voto de Cezar Peluso. Gilmar Mendes não chegou a acolher os argumentos de violação constitucional apresentados por Peluso. Ele disse que só o fato de não haver lei que autorize a realização de videoconferência, por si só, já revela a ilegalidade do procedimento. “*No momento, basta-me esse fundamento claro e inequívoco.*” Fonte: STF.

Os efeitos desta decisão do Supremo Tribunal Federal começaram a ser sentidos nas instâncias inferiores. No dia 17 de agosto de 2007, a 3ª. Vara Criminal de São Paulo cancelou seis tele-audiências de supostos envolvidos com a organização criminosa do Primeiro Comando da Capital (PCC). O depoimento dos oito réus presos suspeitos de participar e comandar três ondas de ataques criminosos na cidade de São Paulo estava marcado para esta sexta-feira, no Plenário 7 do Fórum Criminal da Barra Funda. No começo da sessão, a juíza Mônica Sales pediu que os advogados das partes se manifestassem sobre a conveniência do depoimento por vídeo. Os advogados de seis réus sustentaram que o direito de defesa de seus clientes estaria prejudicado, já que não poderiam orientá-los de forma precisa. A juíza acolheu o argumento e mandou expedir carta precatória para ouvir os acusados. “*A videoconferência, apresentada sob o manto da modernidade e da economia, revela-se perversa e desumana, pois afasta o acusado da única oportunidade que tem para falar ao seu julgador. Pode ser um enorme sucesso tecnológico, mas configura-se um flagrante desastre humanitário*”, defende o advogado criminalista Luiz Flávio Borges D’Urso, então Presidente da OAB paulista. A juíza Mônica Sales não era obrigada a seguir a decisão do Supremo Tribunal Federal, porque o entendimento se aplicou apenas ao pedido de **Habeas Corpus** julgado pela 2ª Turma. Mas, para evitar que futuramente todos os atos processuais pudessem ser anulados, quando os recursos deste processo começassem a chegar ao Supremo, seguiu a orientação.²²

Em outra oportunidade, a lei estadual 11819/05, que estabelece a possibilidade da utilização do sistema de videoconferência no estado de São Paulo, foi declarada formalmente inconstitucional pela maioria dos ministros (9x1) do Supremo Tribunal Federal. O tema foi debatido no Habeas Corpus (HC) 90900. Os ministros entenderam que cabe somente à União legislar sobre a matéria (processo penal). A relatora, ministra Ellen Gracie, entendeu possível a realização de interrogatório por videoconferência. “*O tema envolve procedimento, segundo entendo, e não processo penal*”, disse a ministra, entendo que o estado de São Paulo não legislou sobre processo, mas sobre procedimento “*o que é perfeitamente legítimo no direito brasileiro nos termos do artigo 24, XI da Constituição*”. Assim, para ela, não há inconstitucionalidade formal da norma questionada. A ministra também entendeu não haver inconstitucionalidade material, tendo em vista que o procedimento instituído pela

²² Fonte: Revista Consultor Jurídico, 18 de agosto de 2007.

norma paulista preserva todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive a garantia da ampla defesa e o devido processo legal. De acordo com a ministra, o sistema de videoconferência é uma nova forma de contato direto, não necessariamente no mesmo local. *“Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificarem as características relativas à personalidade, condição sócio-econômica, estado psíquico do acusado, entre outros, por meio de videoconferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a idéia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado, para a realização do seu interrogatório”*, disse Ellen Gracie, ao votar pelo indeferimento do pedido. O ministro Menezes Direito abriu divergência, votando pela concessão do habeas. *“Entendo que a lei estadual viola flagrantemente a disciplina do artigo 22, inciso I, da Constituição da República”*, disse o ministro. Ele destacou que a hipótese não se refere à procedimento, mas à processo, ressaltando que a matéria está explicitamente regulada no artigo 185, do Código de Processo Penal. *“Com isso, a matéria é de processo e sendo de processo a União detém o monopólio, a exclusividade para estabelecer a disciplina legal na matéria”*, afirmou. Quanto à possibilidade da realização de videoconferência, prevista na Convenção Internacional como exposta pela relatora, o ministro disse que, em contrapartida, o Pacto de São José da Costa Rica estabelece a obrigatoriedade da presença física do réu perante o juiz. Segundo Menezes Direito, essa disciplina é repetida do mesmo modo no Pacto dos Direitos Civis e Políticos. *“Se houver uma legislação específica sobre videoconferência emanada do Congresso Nacional, certamente esta Corte será chamada a examinar in concreto se há ou não inconstitucionalidade, por isso que eu parei apenas na inconstitucionalidade formal”*, disse o ministro, ao revelar que, em certos casos o interrogatório por videoconferência pode ser eventualmente admitido. *“Eu enxergo, portanto, que a possibilidade de videoconferência esbarra na disciplina constitucional brasileira”*, concluiu o ministro, observando que o ato praticado *“padece de evidente nulidade”*. O voto do ministro Menezes Direito pela concessão do HC foi seguido pela maioria dos ministros, vencida a ministra Ellen Gracie. Fonte: STF.

Após esta decisão, a Primeira Turma aplicou o mesmo entendimento e concedeu um Habeas Corpus (HC 91859) para M.J., que responde a processo criminal na justiça paulista por suposta tentativa de roubo. De acordo com o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, o uso de videoconferência para ouvir o réu afronta várias garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório. O interrogatório é um momento máximo da autodefesa, é a oportunidade que réu tem *“para sair em socorro de si mesmo”*, sustentou o Ministro. A decisão foi unânime, com a determinação para que seja expedido alvará de soltura em favor de M.J., se ele não estiver preso por outro motivo. Fonte: STF.

Na esteira do Pretório Excelso, também entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

“INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. Trata-se de habeas corpus em que se alega nulidade da ação penal desde a fase de interrogatório judicial do paciente, em razão de esse ato processual ter sido realizado pelo sistema de videoconferência. A Turma concedeu a ordem ao entendimento de que o uso do sistema de videoconferência ofende o princípio do devido processo legal, ao adotar rito procedimental não previsto em lei e restringir a amplitude de defesa do acusado, mitigando o direito de presença e audiência do réu nos atos processuais,

constituindo-se causa de nulidade absoluta do processo. Precedente citado do STF: HC 88.914-SP, DJ 5/10/2007.” (HC 94.069-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 13/5/2008).

Após a promulgação da lei, o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, participou do lançamento, no dia 26 de março de 2009, do sistema de videoconferência no Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios. A audiência foi feita à distância, por um sistema de câmeras interligadas por internet em alta velocidade. Neste dia também foi realizado o primeiro interrogatório à distância da 1ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Em seu discurso, o Presidente do TJDF, Desembargador Nívio Gonçalves, destacou as vantagens da utilização desse sistema. *“Com a videoconferência, ganha-se celeridade na prestação jurisdicional, eficiência nos atos processuais e segurança da coletividade”*, enumerou. O investimento feito pelo TJDF para implantar o sistema de videoconferência em 4 varas de entorpecentes e 8 criminais foi da ordem de R\$ 500 mil. Menos de um quinto da previsão de gastos do DF com o deslocamento de réus para interrogatórios. Em 2008, segundo dados da Polícia Civil do DF, foram feitas mais de 13,5 mil escoltas de presos. O preço desse tipo de procedimento varia entre R\$ 200,00 e R\$ 7 mil. Para garantir a celeridade, o tribunal implantou uma cabine fechada com telefone para que os advogados que acompanham a audiência possam falar com seus clientes. O aparelho é dedicado e criptografado para garantir a privacidade. Na avaliação do ministro Gilmar Mendes, o uso da informática é necessário para que *“possamos ter uma Justiça mais digna de nossos tempos; uma justiça mais célere e ao mesmo tempo mais segura.”* O Ministro ressaltou o trabalho do Conselho Nacional de Justiça no incentivo à instalação das Varas de Execução Criminal (VECs) virtuais em todo o País. *“Não se trata apenas de mais um passo em direção à modernização da Justiça, mas também de utilizar a informática em favor dos Direitos Humanos”*, afirmou. Segundo ele, as VECs virtuais podem atuar inclusive para diminuir os casos de réus que ficam presos além do previsto. Fonte: STF.

A propósito, vejamos mais este ensinamento doutrinário: *“No mais, e ainda, a prática do interrogatório por videoconferência e a eventual oitiva de testemunhas por este meio, incluída no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, também afronta a interpretação aqui defendida sobre a ampla defesa. (...) Além disso, conforme as palavras do ministro Cezar Peluso (HC nº 88.914-0/SP, 2ª Turma, DJE 05/10/2007), o interrogatório no cárcere é demasiadamente perigoso, pois o acusado ficará exposto, pela proximidade, a várias pessoas que podem influenciar suas palavras (carcereiro ou outro agente público, corréu, integrantes de uma quadrilha, etc.), e, pela distância, poderá ficar constrangido em denunciar essa situação ao julgador, o que evidentemente irá restringir a sua ampla defesa.”*²³

Aliás, além de depoimentos de acusados e testemunhas por videoconferência, a Inglaterra está começando a usar a tecnologia para reduzir também o deslocamento dos juízes. Recentemente, o juiz John Tanzer usou o Skype para comandar o último dia de julgamento num tribunal do júri. Ele estava em

²³ Pupo, Matheus Silveira. Uma nova leitura da autodefesa. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 196, p. 14-15, mar. 2009.

um compromisso oficial e decidiu ouvir o veredicto do júri à distância, para não adiar a leitura da sentença. O feito foi notícia na revista da Ordem dos Advogados da Inglaterra.

De toda maneira, atentemos para a redação do art. 185, § 1º., **in verbis**: “*O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.*”

Observa-se, portanto, que tal disposição permite (e mesmo a impõe, se atendidas aquelas condições) o deslocamento do Juiz de Direito, do Promotor de Justiça, dos Advogados e dos serventuários da Justiça até o local onde se encontre preso o interrogando, a fim de que ali se proceda ao respectivo ato processual. Temos sérias dúvidas se a publicidade do ato processual será atendida em um interrogatório realizado no interior de um estabelecimento prisional. A propósito, atentemos para a seguinte lição doutrinária:

“Nesse plano de análise, um primeiro aspecto a merecer destaque diz respeito à nova regra, prevista no art. 185, § 1º., do Código de Processo Penal, que impõe a realização do interrogatório do acusado preso no próprio estabelecimento penitenciário. Tal inovação, contudo, se aplicada de forma geral e sem motivação quanto à sua necessidade, tornará vulnerável a garantia da publicidade dos atos processuais, em sua perspectiva de acompanhamento irrestrito, por qualquer do povo, do exercício da atividade jurisdicional. A restrição de maneira geral e indiscriminada da publicidade de ato que, em sua essência, deve ser aberto a acompanhamento pelo povo, além de suprimir do exame judicial a averiguação de sua pertinência no caso concreto, torna inviável o controle difuso do exercício da atividade jurisdicional. Os atos assim praticados, sem justificativa da necessidade de restrição no caso específico, serão, obviamente, nulos. Outra importante novidade é o reconhecimento do direito de comunicação, prévia e reservada, entre acusado e defensor (art. 185, § 2º.). Cuida-se de dever imposto ao Estado-juiz para a hipótese de acusado preso, mas que, por certo, haverá de ser estendido àquele que responde ao processo solto, sempre que a comunicação anterior não tiver sido possível. Assim, impõe-se a nomeação de defensor, antes do ato do interrogatório, ao acusado que, em liberdade, comparecer sem defensor constituído, assegurando-se a prévia comunicação entre ambos pelo tempo necessário à preparação da defesa, mesmo que tal prática possa redundar na necessidade de redesignação do ato. Trata-se, aqui, do cumprimento da garantia constitucional da mais ampla defesa. Lembrando-se de que o pragmatismo e a economia processual não podem sobrepor-se à defesa real e efetiva.”²⁴ (grifo nosso).

Assim, para a validade jurídica deste interrogatório no local da prisão, será de rigor a observância de todas estas exigências, inclusive e principalmente quanto à publicidade do ato processual, devendo as portas do sistema penitenciário estar abertas para que qualquer pessoa possa assistir aos interrogatórios,

²⁴ Artigo do Boletim IBCCRIM nº 135 Fevereiro/2004: “Publicidade, ampla defesa e contraditório no novo interrogatório judicial”, escrito por Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Marcos Alexandre Coelho Zilli e Maria Thereza Rocha de Assis Moura.

sob pena de mácula à norma constitucional referente à publicidade dos atos processuais.²⁵

Discute-se na doutrina se o interrogatório é um meio de prova ou um meio de defesa. Hoje, mais do que antes, aceita-se a idéia de que se trata, em verdade, de um meio de defesa, sendo esta a posição adotada por doutrinadores do porte de Tourinho Filho, Bento de Faria e Jorge Alberto Romeiro, dentre outros. Frederico Marques, por sua vez, defendia o contrário. Tornaghi, identificando o problema como uma questão de “*política processual*” diz que o interrogatório “*tanto pode ser aproveitado pela lei para servir como método de prova quanto como instrumento de defesa*”, sendo, portanto, “*meio de prova quando a lei o considera fato probante (**factum probans**) e é meio de defesa e fonte de prova quando ela entende que ele por si nada prova, mas apenas faz referência ao fato probando e, por isso mesmo, é preciso ir buscar a prova de tudo quanto nele foi dito pelo réu*”.²⁶

O Código de Processo Penal italiano, nos seus arts. 64 e 65, deixa claro a intenção do legislador italiano em considerar o interrogatório como meio de defesa, pois, salvo em caso de prisão cautelar, “*la persona sottoposta alle indagini (...) interviene libera all’interrogatorio*”. Ademais, antes de iniciar o interrogatório, o imputado será advertido de seu direito “*di non rispondere*”,

²⁵ Na edição do dia 24 de junho de 2007, foi publicada a seguinte matéria no jornal O Estado do Paraná: “*Maior agilidade, segurança, economia de tempo e dinheiro, são consideradas as principais vantagens das audiências dos Juizados Especiais Criminais realizadas dentro das penitenciárias. A iniciativa, que abrange crimes leves cometidos durante o cumprimento da pena, é inédita no país, e começou na tarde da última quinta-feira (21), na Penitenciária Central do Estado (PCE), em Piraquara, Região Metropolitana de Curitiba. O trabalho consiste na realização de audiências, com a presença de juiz de Direito, promotor de Justiça, advogado e testemunhas, dentro da própria unidade penal, evitando o deslocamento do preso. “Os detentos que cumprem pena nas penitenciárias de Piraquara, estão subordinados à jurisdição daquela comarca, implicando remoção e infra-estrutura de segurança para levá-los a audiência no fórum. Compete à Secretaria da Justiça e da Cidadania, por meio do Departamento Penitenciário, a condução do preso da sua unidade até a PCE, assim como seu retorno, de forma rápida e com mais segurança”, explicou o secretário da Justiça e da Cidadania, desembargador Jair Ramos Braga. Para o juiz de Piraquara, Ruy Alves Henrique Filho, a iniciativa, que está em fase experimental, representa “economia de tempo e dinheiro para o Estado”. Ele ressaltou que as audiências são relativas a casos de porte ou uso de drogas, ameaças e lesões leves, cometidos pelo prisioneiro, enquanto cumpre a pena. “A finalidade é diminuir o número de escoltas de presos para o Fórum de Piraquara, deslocando juiz e promotor até a unidade penal, para possibilitar o rápido atendimento do processo, e ainda, liberar o maior número de viaturas policiais para o serviço cotidiano”, concluiu. Nesta etapa, foram realizadas duas audiências. A primeira tratou de um caso de ameaça, entretanto o processo foi extinto e arquivado, pelo consenso das partes. O preso processado, cumpre pena em regime semi-aberto na Colônia Penal Agrícola e foi acusado de ameaças por um antigo interno da mesma unidade, que hoje goza de liberdade. A suposta vítima compareceu a audiência e relevou o caso, se pronunciando favorável ao cancelamento do processo. “Em 10 minutos tudo foi resolvido sem burocracia é disso que o Sistema Penitenciário necessita”, resumiu o preso acusado. Em seguida, foi realizada audiência de instrução a respeito de um detento acusado de uso de entorpecentes. Participaram dessas primeiras audiências, o juiz Ruy Alves Henrique Filho, o promotor de Piraquara, André Merheb Calixto, a advogada da PCE, Sueli Cristina Rohn Bepalhok, e a escritã Adriana Cristina Grossi. Estiveram presente também a Juíza de Direito Luciana Fraiz Abrahão, o promotor de Justiça Alan Rogério Vendrame de Souza, o coordenador do Depen-PR, Honório Bortolini, o diretor da PCE, José Guilherme Assis. O programa pretende atender todos os presos do Complexo Penitenciário de Piraquara (PCE, Penitenciária Estadual, Penitenciária Feminina, CPA e Centro de Detenção e Ressocialização), em uma sala especialmente adequada às audiências, na PCE, respeitando as normas de segurança dessa circunstância.”*

²⁶ Hélio Tornaghi, ob. cit. p. 810.

excetuando-se os dados de mera identificação, devendo a autoridade judicial informar ao interrogado a respeito dos elementos de prova que pesam sobre ele, bem como as respectivas fontes, salvo “*se non può derivarne pregiudizio per le indagini*”; em seguida o Juiz, “*invita la persona ad esporre quanto ritiene utile per la sua difesa e le pone direttamente domande*” (grifo nosso).

Para nós é indubitável o caráter de meio defensivo que possui o interrogatório, nada obstante entendermos, com Tornaghi, que se trata também, a depender do depoimento prestado, de uma fonte de prova e de um meio de prova.

Como já se disse, o princípio da ampla defesa insculpido no art. 5º., LV da Constituição Federal engloba não somente a defesa técnica, a cargo de um profissional do Direito devidamente habilitado (art. 261, parágrafo único, CPP), como também a denominada autodefesa ou defesa pessoal, esta exercida pelo próprio acusado quando, por exemplo, depõe pessoal e livremente no interrogatório.

Veja-se a respeito a lição de Germano Marques da Silva:

*“A lei, com efeito, reserva ao arguido, para por ele serem exercidos pessoalmente, certos actos de defesa. É o que acontece, nomeadamente, com o seu interrogatório, quando detido, quer se trate do primeiro interrogatório judicial, quer de interrogado por parte do MP, do direito de ser interrogado na fase da instrução, das declarações sobre os factos da acusação no decurso da audiência e depois de findas as alegações e antes de encerrada a audiência”.*²⁷

Ora, tratando-se como efetivamente se trata de um modo de defesa pessoal é evidente que o interrogatório não pode ser considerado, tão-somente, como meio de prova, nada obstante estar disciplinado no Capítulo III, do Título VII do Código de Processo Penal.

Não esqueçamos que o interrogado tem direito a se calar, na forma do art. 5º., LXIII da Constituição Federal, atentando-se que o seu silêncio não pode causar-lhe qualquer ônus processual ou mácula à sua presumida inocência. Neste sentido, veja-se o parágrafo único do art. 186, segundo o qual “*o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.*” Se o silêncio está entre os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, inconcebível que o seu uso possa trazer qualquer tipo de prejuízo para quem o utilize.

O interrogado tem também o direito indiscutível de não se auto-incriminar e o de não fazer prova contra si mesmo, em conformidade com o art. 8º., 2, g, do Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 e art. 14, 3, g do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, assinada em 19 de dezembro de 1966, ambos

²⁷ Curso de Processo Penal, 3ª. ed., Lisboa: Verbo, vol. I, p. 288.

já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992 e do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

Já em 1960, Serrano Alves escrevia uma monografia com o título “*O Direito de Calar*” (Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1960), cuja dedicatória era “*aos que ainda insistem na violação de uma das mais belas conquistas do homem: o direito de não se incriminar*”. Na sua introdução, o autor afirma: “*Este livro é uma calorosa mensagem de esperança dirigida aos mártires da truculência policial e do exagerado arbítrio judicial.*” Nesta obra, advertia o autor que “*há no homem um território indevassável que se chama consciência. Desta, só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, ainda que pela autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que processo for, é sempre atentado, é sempre ignomínia, é torpe sacrilégio.*” (p. 151).²⁸

Ressalte-se, ainda, que a Lei n.º. 9.099/95 que criou os Juizados Especiais Criminais, no art. 81, disciplinou que o interrogatório deverá ser realizado após a ouvida da vítima e das testemunhas, afastando-o do início do procedimento e levando-o para o seu final, ou seja, após a colheita de todas as provas, o que veio a reforçar, a nosso ver, o seu caráter de meio de defesa.²⁹ Por sua vez, os arts. 400, 531, 411 e 474, todos do Código de Processo Penal, põem o interrogatório como último ato da instrução criminal.

Este entendimento prevalece, inclusive, quando se trata de processo na Justiça Militar. Neste sentido, a Ministra Cármen Lúcia deferiu pedido de liminar no Habeas Corpus n.º. 122673 para suspender o curso de ação penal que tramita na Justiça Militar contra um soldado acusado de furto. Em exame preliminar, a Ministra ponderou que os elementos dos autos são suficientes para demonstrar plausibilidade do direito alegado, porque a decisão do Superior Tribunal Militar de indeferir o requerimento de realização de interrogatório ao final da instrução, diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Destacou também a existência do perigo da demora, pois havia audiências designadas. “*No ponto, a decisão do Superior Tribunal Militar, pela qual foi indeferido pedido de realização de interrogatório do paciente ao final da instrução, parece destoar do entendimento neste Supremo Tribunal*”, afirmou a Ministra, ressaltando a aplicação do artigo 400 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/2008, aos delitos disciplinados pela legislação especial.

Neste sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu o Habeas Corpus (HC) 121907, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), para anular o processo em trâmite na Justiça Militar, a partir da decisão condenatória, em que o soldado do Exército F.C.S. é acusado de roubar dois fuzis do Comando de Fronteira Rio Negro, em São Gabriel da Cachoeira (AM), determinando que ele seja submetido a novo interrogatório. O relator, ministro Dias Toffoli, acolheu a tese de que o soldado deveria ter sido interrogado ao final da

²⁸ Sobre o tema, leia-se: “*O Dever de Calar e o Direito de Falar*”, texto de Adauto Suannes, publicado na Revista Literária de Direito, abril/maio de 2001, além do trabalho de Miguel Reale Júnior e Heloísa Estellita, “*Contribuinte não precisa prestar informações que possam lhe prejudicar*”, publicado no site www.migalhas.com.br, informativo n.º. 671 (07 de maio de 2003).

²⁹ Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, Juizados Especiais Criminais, 3ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176.

instrução. “O prejuízo à defesa foi evidente. A não realização do interrogatório subtraiu a possibilidade de o impetrante manifestar-se pessoalmente contra a prova acusatória em seu desfavor e, no exercício do direito de audiência, de influir na formação do convencimento do julgador”, apontou, lembrando que a Primeira Turma do STF firmou entendimento no sentido de que a realização de interrogatório ao final de instrução criminal se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar.

Augusto Tarradt Vilela, no Boletim nº. 261, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (Agosto/2014), no artigo intitulado "*O (problemático) procedimento especial da Lei de Drogas e o interrogatório do réu*", concluiu: "*A discussão quanto ao ser possível aplicar o rito ordinário ao delito de tráfico de drogas, dessarte, não deve permanecer estagnada e dúbia, porquanto o reconhecimento de que seu caráter benéfico prepondera ao do trazido pela Lei 11.343/2006 é patente, não podendo haver a possibilidade de permanecerem entendimentos que afastem os direitos intrínsecos ao cidadão, os direitos da ampla defesa e contraditório, direitos e princípios por deveras resguardados em um Estado Democrático de Direito, no qual quem tem o poder é o povo (!!!), e não o Estado-punidor. Com o claro conhecimento da realidade processual penal, a aplicação de uma norma rígida, sem qualquer motivação nos fundamentos do direito processual e material penal, como é o caso do trazido pelo art. 57 da Lei 11.343/2006, não pode ser tomado como absoluto por convicções meramente formalistas. A ultima ratio vai além da concepção da forma e de entendimentos positivados, porquanto se está a utilizar, como já referido, da última ação do Estado quanto ao caso e do fornecimento de todos os direitos preconizados e escudados pela Constituição Federativa do Brasil, devendo-se, sempre, alcançar o direito ao cidadão e afastar-se o monopólio do poder das mãos do Estado que acaba, quando age dessa forma, buscando tão somente uma punição, esquecendo-se do julgamento.*"

Adepto desta tese, e para finalizar o assunto, Ferrajoli entende que o interrogatório é o melhor paradigma de distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório, pois naquele o interrogatório representava "*el comienzo de la guerra forense*", "*el primer ataque del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión*". Contrariamente, continua o filósofo italiano, no processo acusatório/garantista "*informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse*".³⁰

Não sendo, destarte, somente mais um meio de prova, o interrogatório, no entanto, poderá ser considerado uma importante fonte de prova (como ressaltou Tornaghi), sempre que "*ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias*".³¹

³⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 3ª. ed., Madrid: Trotta, 1998, p. 607. Nada obstante, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, indeferiu pedido de liminar em Mandado de Segurança nº. 31475 impetrado por dois integrantes da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, que pretendiam impedir o presidente da comissão de dispensar o depoimento das testemunhas que, mediante habeas corpus, se recusarem a responder as perguntas formuladas pelos membros da comissão. Nesta decisão monocrática, a Ministra Rosa Weber assinalou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem acolhido a pretensão de investigados ou testemunhas de estender o direito ao silêncio para englobar um suposto direito ao não comparecimento ao depoimento.

³¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., p. 223.

O interrogatório é indispensável à validade do processo penal. Os próprios termos do art. 185, CPP (“*será qualificado e interrogado*”) autorizam tal conclusão. A sua falta, quando presente o réu, gera nulidade absoluta, a teor do art. 564, III, e, c/c art. 572, CPP, nada obstante o entendimento contrário do STF (RTJ, 73/758), segundo o qual esta nulidade seria meramente relativa e, portanto, sanável se não for alegada **oportuno tempore**. Esta posição do pretório excelso acompanha o ensinamento de Espínola Filho.³²

Entre a citação e a data da realização do interrogatório deve existir um lapso temporal suficiente para que o réu prepare a sua defesa. Neste sentido:

“Interrogatório. Realização um dia após a citação do réu. Impossibilidade de contratar defensor e de manter contato com defensora nomeada para defesa prévia. Arguição oportuna da deficiência. Não produção consequente de prova da defesa. Cerceamento. Prejuízo manifesto. Nulidade processual caracterizada. Ofensa ao devido processo legal. HC concedido. Precedentes. Inteligência do art. 185, § 2º, do CPP. É nulo o processo penal em que se não assegurou contato do acusado com o defensor, antes do interrogatório realizado um dia após a citação.” (STF – 2ª T. - HC 84.373 – rel. Cezar Peluso – j. 02.06.2009 – DJe 26.06.2009).

“Além de cogente o ato citatório, deve ser concedido prazo razoável entre a citação e o interrogatório a fim de o réu, além de tomar ciência da acusação constante na denúncia, possa se orientar sobre sua defesa, atendendo assim, aos preceitos constitucionais do contraditório e ampla defesa. Nulidade decretada” (TJRS – 5ª C. – AP 70025323775 – rel. Aramis Nassif – j. 10.09.2008 – DOE 17.09.2008).

No interrogatório não havia a interferência das partes (antigo art. 187, CPP). Hoje, no entanto, com a redação dada ao art. 188 pela Lei nº. 10.792/03, garantiu-se a participação das partes neste ato processual, mantendo-se, no entanto, o sistema presidencialista (as perguntas são formuladas ao Juiz de Direito que as transmite ao interrogando, salvo em plenário, no Tribunal do Júri: art. 474, § 1º): *“Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”*³³

A melhor interpretação que se deve dar a este artigo é no sentido que as partes poderão formular quaisquer perguntas, e não somente quando restar algo para ser esclarecido, respeitando-se amplamente o princípio do contraditório. Neste sentido, estamos de acordo com a lição de Alexandre Langaro, quando afirma:

“Dando à norma consubstanciada no art. 188, CPP interpretação conforme a Constituição Federal, ter-se-á a possibilidade de as

³² Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal brasileiro anotado, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, vol. V, 1961, p. 430.

³³ Sobre o assunto, conferir o texto de Roberto Delmanto publicado no Boletim IBCCRIM – Ano 15 – nº. 183 – Fevereiro/2008.

partes – em sentido técnico -, no ato em que se interroga o réu, formularem as perguntas que entenderem convenientes para produzirem as provas, realizarem a defesa e ou articularem as teses que entenderem oportunas, sendo, desse modo, portanto, obstaculizado, de forma linear ao magistrado, indeferir as eventuais perguntas que, subjetivamente, entender impertinentes e irrelevantes.”³⁴

Aliás, o direito de reperguntar é cabível, inclusive quanto aos advogados dos co-réus. Neste sentido, irrepreensível esta decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

“Habeas Corpus nº. 94016 - Ementa: Estrangeiro Não Domiciliado No Brasil. Condição Jurídica Que Não O Desqualifica Como Sujeito De Direitos. Plenitude De Acesso, Em Conseqüência, Aos Instrumentos Processuais De Tutela Da Liberdade. Respeito, Pelo Poder Público, Às Prerrogativas Jurídicas Que Compõem O Próprio Estatuto Constitucional Do Direito De Defesa. A Garantia Constitucional Do “Due Process Of Law” Como Expressiva Limitação À Atividade Persecutória Do Estado (Investigação Penal E Processo Penal). O Conteúdo Material Da Cláusula De Garantia Do “Due Process”. Interrogatório Judicial. Natureza Jurídica. Possibilidade De Qualquer Dos Litisconsortes Penais Passivos Formular Reperguntas Aos Demais Co-Réus, Notadamente Se As Defesas De Tais Acusados Se Mostrarem Colidentes. Prerrogativa Jurídica Cujas Legitimação Decorre Do Postulado Constitucional Da Ampla Defesa. Precedente Do Stf (Pleno). Magistério Da Doutrina. Medida Cautelar Deferida.”

Da decisão consta o seguinte: (...) A questão suscitada nesta causa concerne ao debate em torno da possibilidade jurídica de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do “due process of law”, ver assegurado o seu direito de formular reperguntas aos co-réus, quando do respectivo interrogatório judicial. Daí as razões que dão suporte à presente impetração deduzida em favor de um súdito estrangeiro que não possui domicílio no território brasileiro e que, não obstante tais circunstâncias, pretende ver respeitado, em procedimento penal contra ele instaurado, o direito à plenitude de defesa e ao tratamento paritário com o Ministério Público, em ordem a que se lhe garanta, por intermédio de seus Advogados, “(...) a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus (...)” (fls. 04). Não foi por outro motivo que os ora impetrantes, para justificar sua pretensão, buscam, por este meio processual, que se permita, “(...) aos defensores de co-réu, não só a ‘presença’ nos interrogatórios dos demais co-réus, mas, igualmente, sua ‘participação ativa’ - nas exatas palavras do Plenário dessa egrégia Corte no precedente citado (AgR AP 470, Min. JOAQUIM BARBOSA) -, o exercício do contraditório e da ampla defesa, formulando as reperguntas que entenderem necessárias, ficando a critério do magistrado que preside o ato fazê-las, ou não, ao interrogando, de acordo com a pertinência de cada esclarecimento requerido” (fls. 20 - grifei). As razões ora expostas justificam – ao menos em juízo de estrita delibação – a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida nesta sede processual, especialmente se se considerar o precedente que o Plenário desta Suprema Corte firmou no exame da matéria: “(...) AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA (...). INTERROGATÓRIOS (...). PARTICIPAÇÃO DOS CO-RÉUS. CARÁTER FACULTATIVO. INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES NO JUÍZO DEPRECADO. É legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus.

³⁴ Boletim IBCrim, Ano 14, nº. 165, Agosto/2006.

Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus, evitando-se a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência (...).” (AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei) Ninguém ignora a importância de que se reveste, em sede de persecução penal, o interrogatório judicial, cuja natureza jurídica permite qualificá-lo, notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003, como ato de defesa (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.), ainda que passível de consideração, embora em plano secundário, como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele emergem. Essa particular qualificação jurídica do interrogatório judicial, ainda que nele se veja um ato simultaneamente de defesa e de prova (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 510, item n. 185.1, 11ª ed., 2007, Atlas, v.g.), justifica o reconhecimento de que se revela possível, no plano da persecutio criminis in iudicio, “(...) que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus (...)” (AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno – grifei) Esse entendimento que o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou no precedente referido reflete-se, por igual, no magistério da doutrina, como resulta claro da lição de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (“Curso de Processo Penal”, p. 29, item n. 3.1.4, 9ª ed., 2008, Lúmen Juris): “Embora ainda haja defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base. É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da ‘garantia de participação’, isto é, a garantia de a parte poder impugnar - no processo penal, sobretudo a defesa - toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação. E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica - do advogado - de co-réu durante o interrogatório de ‘todos os acusados’. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele co-réu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de co-réus no interrogatório de ‘todos os acusados’.” (grifei) Esse mesmo entendimento, por sua vez, é perfilhado por ANTONIO SCARANCE FERNANDES (“Prova e sucedâneos da prova no processo penal”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 66, p. 224, item n. 12.2): “(...) Ressalta-se que, em virtude de recente reforma do Código, o advogado do co-réu tem direito a participar do interrogatório e formular perguntas.” (grifei) Igual percepção do tema é revelada por AURY LOPES JR (“Direito Processual e sua Conformidade Constitucional”, vol. I/603-605, item n. 2.3, 2007, Lumen Juris): “No que tange à disciplina processual do ato, cumpre destacar que - havendo dois ou mais réus - deverão eles ser interrogados separadamente, como exige o art. 191 do CPP. Aqui existe uma questão muito relevante e que não tem obtido o devido tratamento por parte de alguns juízes, até pela dificuldade de compreensão do alcance do contraditório inserido nesse ato, por força

da Lei nº 10.792/2003, que alterou os arts. 185 a 196 do CPP. Até essa modificação legislativa, o interrogatório era um ato pessoal do juiz, não submetido ao contraditório, pois não havia qualquer intervenção da defesa ou acusação. Agora a situação é radicalmente distinta. Tanto a defesa como a acusação podem formular perguntas ao final. Isso é manifestação do contraditório. Nessa linha, discute-se a possibilidade de a defesa do co-réu fazer perguntas no interrogatório. Pensamos que, principalmente se as teses defensivas forem colidentes, deve o juiz permitir o contraditório pleno, com o defensor do outro co-réu (também) formulando perguntas ao final. Ou seja, deve o juiz admitir que o defensor do interrogando formule suas perguntas ao final, mas também deve permitir que o advogado do(s) outro(s) co-réu(s) o faça. Contribui para essa exigência o fato de que à palavra do co-réu é dado, pela maioria da jurisprudência, o valor probatório similar ao de prova testemunhal.” (grifei). As razões que venho de expor, como precedentemente já havia salientado nesta decisão, convencem-me da absoluta plausibilidade jurídica de que se acha impregnada a pretensão deduzida pelos ilustres impetrantes. Concorre, por igual, o requisito concernente ao “periculum in mora”, que foi adequadamente demonstrado na presente impetração (fls. 23/24). (...) Brasília, 07 de abril de 2008.”

Esta liminar foi confirmada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, determinando-se a realização de novos interrogatórios, assegurada, desde já, ao acusado, mediante regular e prévia intimação de seu advogado, a oportunidade de participar dos interrogatórios dos demais corréus. A Turma decidiu estender também, igualmente de ofício e nos mesmos termos, o HC aos demais corréus no processo que tiveram negado o direito de formular reperguntas nos interrogatórios no mesmo processo. Em seu voto, Celso de Mello lembrou que a Lei nº 10.792/2003 deu nova redação a diversos artigos do Código de Processo Penal que tratam do interrogatório judicial, sobretudo os de números 185, 186, 188 e 189. Segundo essa nova concepção, ao lado de servir como meio de prova da acusação, o interrogatório passou a ser, também, com destaque, elemento de defesa do réu, que deve dispor de todos os meios de ampla defesa durante o seu transcurso. E este direito inclui o de participar dos interrogatórios dos demais corréus, com pleno direito a seus defensores de não só estarem presentes às audiências, mas também de formular reperguntas aos demais corréus. Ao formular seu voto, o ministro Celso de Mello disse que “*se impõe assegurar, com fundamento na garantia constitucional do due process a qualquer litisconsorte penal passivo que assim o requeira, o direito de formular perguntas aos corréus, quando do respectivo interrogatório judicial*”. “*É tão relevante o direito de qualquer réu formular perguntas aos demais litisconsortes penais passivos, considerada a natureza constitucional que assume essa prerrogativa individual, que a eventual transgressão a tal direito subjetivo provocará a nulidade absoluta dos atos processuais que se seguirem ao interrogatório judicial, em face da inevitável repercussão que decorrerá do desrespeito, pelo magistrado, a tão essencial franquia, assegurada pela própria Constituição da República*”, acrescentou o Ministro. O Ministro Celso de Mello citou como principal precedente para apoiar seu voto uma decisão do Plenário do STF, proposta pelo ministro-relator da Ação Penal 470, Joaquim Barbosa. A decisão não só assegurou o direito dos corréus de participarem, juntamente com seus defensores, dos interrogatórios dos demais corréus, como ainda incluiu determinação no sentido de que não se marcassem interrogatórios simultâneos e se guardassem intervalos de pelo menos 24 horas entre uns e outros, para permitir aos corréus se locomoverem, em tempo, até as respectivas jurisdições. Na seqüência, assentou-se que a magnitude do tema constitucional versado na impetração imporia algumas reflexões em torno da nova disciplina normativa a que se submete, hoje, o

interrogatório, notadamente, o judicial. Ressaltou-se que, com a superveniência da Lei 10.792/2003, registraram-se significativas alterações no regime pertinente ao interrogatório, as quais refletiram a nova constituição jurídica que a CF/88 conferiu àquele que sofre persecução penal, fortalecendo as prerrogativas inerentes à garantia da plenitude de defesa, do contraditório e do tratamento paritário das partes no processo penal. Ao imputado, assegurou-se um círculo de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos e abusos cometidos por representantes do Estado, destacando-se que o réu não pode ser constrangido a confessar a prática do delito e nem a renunciar ao seu direito ao silêncio, nem auto-incriminar-se. Realçou-se, também, a relevância de se qualificar o interrogatório judicial como expressivo meio de defesa do réu, o que enseja a possibilidade de corréu participar ativamente do interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, traduzindo projeção concretizadora da própria garantia constitucional da plenitude de defesa, cuja integridade há de ser preservada por juízes e tribunais. No ponto, entendeu-se que eventual transgressão a tal direito subjetivo provoca nulidade absoluta dos atos processuais que se seguirem ao interrogatório judicial, em face da repercussão que deriva do desrespeito, pelo magistrado, a tão essencial franquia conferida pela própria CF. Sendo assim, determinou-se a realização de novos interrogatórios, assegurada, desde já, ao paciente, mediante regular e prévia intimação de seu advogado, a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus. Por fim, estendeu-se, de ofício, essa ordem em favor desses mesmos corréus. Precedente citado: AP 470 AgR/MG (j. em 6.12.2007). (HC 94016/SP, rel. Min. Celso de Mello, 16.9.2008).

Também a propósito, o Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, concedeu uma liminar suspendendo um julgamento pelo Tribunal do Júri, exatamente porque não foi concedido ao advogado do acusado o direito de reperguntar. A decisão foi fundamentada no entendimento que “*assiste ao corréu o direito de formular reperguntas aos demais litisconsortes penais passivos em ordem a conferir real efetividade e plenitude ao direito de defesa*”. “*O indeferimento das perguntas formuladas pela defesa do paciente efetivamente compromete o direito ao contraditório e à ampla defesa*”, explicou o Ministro relator. (**Habeas Corpus** nº. 96327).

Em outro julgamento, decidiu-se que cada réu tem o direito de participar do interrogatório dos demais corréus. Com este argumento, o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello concedeu liminar em Habeas Corpus (HC 94601). O habeas foi impetrado no STF contra uma decisão que negou a V.A.G. a oportunidade de acompanhar a audiência de interrogatório de corréus em processo a que responde na justiça cearense. De acordo com o ministro, a prerrogativa de participação ativa, podendo fazer perguntas, no interrogatório de co-réus, quando existentes, é uma garantia constitucional do *due process of law* (devido processo legal). E estes, por sua vez, não são obrigados a respondê-las, em respeito à prerrogativa contra a auto-incriminação. Citando diversos precedentes da Corte, Celso de Mello deferiu a liminar, suspendendo o andamento do processo contra V.A.G. na 11ª Vara Federal do estado do Ceará, até o julgamento definitivo do pedido de habeas corpus, pela Segunda Turma do STF. Em outra decisão, o Ministro Joaquim Barbosa determinou que sejam refeitos os interrogatórios de 10 acusados na Ação Penal (AP) 420. Os advogados dos réus argumentam que não houve intimação dos advogados para participar dos interrogatórios dos corréus. Além disso, segundo a defesa, naqueles em que participaram, não lhes foi permitida a formulação de perguntas. A defesa

alega desrespeito ao artigo 188 do Código de Processo Penal, onde está previsto que após o interrogatório, “o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”. A Procuradoria Geral da República, em parecer enviado à Suprema Corte, opinou pela nulidade dos depoimentos. Segundo o Ministério Público Federal, embora a intimação dos advogados dos corréus não seja obrigatória, o STF, na AP 470, estabeleceu o entendimento de que eles têm o direito de formular perguntas nos interrogatórios onde estiverem presentes. Fonte: STF.³⁵

Também a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus (HC 93607) a um grupo de quatro réus que se sentiu prejudicado pela antecipação do interrogatório do quinto acusado. Os cinco respondem pelo crime de lavagem de dinheiro numa ação penal pública ajuizada pelo Ministério Público Federal. A impugnação do interrogatório ocorreu porque não houve notificação formal aos advogados dos demais acerca da antecipação da data de interrogatório de um dos réus. Segundo consta no processo, haveria um interrogatório único em 20 de outubro de 2006. Mas, devido à data ser uma sexta-feira, um dos réus pediu a remarcação para evitar que ele, por ser judeu, infringisse o Sabbath. O interrogatório do réu judeu foi, então, antecipado para a quinta-feira, mas os demais réus e advogados não foram notificados. Com isso, um dos réus recorreu ao Supremo dizendo, no HC, que a antecipação impossibilitou o direito de os outros advogados fazerem perguntas e teria havido, portanto, tratamento desigual do magistrado em relação aos réus. O pedido liminar de sobrestamento da ação penal foi negado pela ministra Ellen Gracie. Porém, ao analisar o pedido de mérito, a Segunda Turma, por maioria, optou por declarar a nulidade do depoimento do réu judeu em nome do direito de igualdade entre as partes. A decisão da Segunda Turma determina que seja refeito o interrogatório na presença dos demais condenados. Votaram dessa forma os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Foi vencida na votação a ministra Ellen Gracie. O ministro Celso de Mello, em seu voto, disse que em pelo menos três julgamentos do Supremo já ficou assentada a tese de que assiste a cada litisconsorte penal passivo o direito de estar presente por intermédio de seus advogados a sessão de interrogatório judicial e formular reperguntas aos demais réus do mesmo processo. Ele lembrou que nos interrogatórios da Ação Penal 470 (que apura o escândalo do mensalão) já foi firmado esse entendimento. O ministro destacou, ainda, que no universo das formas processuais a notificação dos demais advogados é “uma formalidade essencial” que não pode ser preterida, pois a “observância das formas processuais representa uma garantia indisponível de liberdade”.

Também neste sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal anulou a instrução de um processo referente ao crime de associação para o tráfico, supostamente cometido por J.P. no estado do Espírito Santo.

³⁵ Em sentido contrário: “*Em que pese a alteração do art. 188, do Código de Processo Penal, advinda com a Lei nº. 10.792/03, o interrogatório judicial continua a ser uma peça de defesa, logo, não se pode sujeitar o interrogado às perguntas de advogado de corréu, no caso de concurso de agentes. Qualquer alegação do corréu que porventura incrimine o ora paciente, como ocorreu no caso em tela, poderá ser reprochada em momento oportuno, pois a defesa dela tomará conhecimento antes do encerramento da instrução. Em sendo assim, não há que se falar em qualquer cerceamento à defesa do paciente ou ofensa ao contraditório na ação penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ordem denegada.*” (STJ- 5ª T. – HC 90.331 – rel. Laurita Vaz – j. 14.04.2009 – Dje 04.05.2009).

A defesa alegou que “durante a audiência de instrução e julgamento o magistrado presidente, logo no início, determinou que os patronos [advogados] não poderiam formular perguntas aos respectivos corréus”. A decisão ocorreu na análise do Habeas Corpus (HC) 101648 levado a julgamento da Turma pela relatora, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Para ela, a decisão que impede de forma absoluta – como aconteceu neste caso – que o defensor de um dos réus faça pergunta a outro réu ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, “e aí gera-se nulidade absoluta”. Citou, nesse sentido, o HC 94016. A ministra lembrou que o réu tem o direito constitucional de permanecer calado durante o interrogatório e o silêncio não pode ser interpretado em seu prejuízo. “Tal direito não quer dizer que o defensor de um dos réus não possa fazer perguntas ao outro acusado, mas tão somente que feita uma pergunta ao réu ele poderá respondê-la ou não”, disse. “É claro que não se pode admitir que o acusado seja tratado como testemunha de modo a ser submetido a uma séria de perguntas capazes de comprometer sua autodefesa, mas, para evitar isso, o juiz tem o poder de indeferir as perguntas impertinentes”, explicou. De acordo com a relatora, em caso como o dos autos a regra exige sempre que possível a demonstração de prejuízo concreto à parte. A ministra Cármen Lúcia considerou que a defesa demonstrou que desde o primeiro momento não se acomodou nem deixou de expressamente vincular o prejuízo que poderia resultar da impossibilidade de fazer perguntas. “Além da contrariedade aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da isonomia, o prejuízo é no sentido de que é imprescindível para a correta elucidação do caso verificar se houve real participação do corréu E.G. na empreitada criminoso, já que somente assim poderemos falar em crime de associação para o tráfico de entorpecentes”, disse a ministra, ao fazer referência à argumentação da defesa. A ministra continuou citando a alegação dos advogados, segundo a qual a única maneira de saber a participação dos réus é através de perguntas a ambos formuladas pela defesa que, no caso, teve o pedido negado pelo magistrado. “Parece-me claro o prejuízo da tese defensiva neste caso, o que configura nítido cerceamento de defesa”, afirmou a relatora, ao referir-se ao crime de associação para o tráfico. Quanto ao crime de tráfico de drogas a ministra entendeu que não está configurado o mesmo prejuízo, “porque neste caso a condenação não se baseou absolutamente nessas provas, mas em outros elementos, tais como: auto de apreensão da substância, laudo de constatação e depoimento de testemunhas, e nestes casos não houve qualquer problema que tenha sido gerado por esse indeferimento”.

Importante, neste sentido, a observação da doutrina, ao comentar aquela primeira decisão do Supremo Tribunal Federal: “Inegavelmente, o STF deu um passo enorme no sentido de garantir a participação ativa da defesa técnica no interrogatório de corréu. Resta-nos apenas aproveitar a picada aberta pela Suprema Corte e ampliar a estrada em prol das garantias constitucionais referidas, porque estamos convencidos de que ninguém melhor que o próprio acusado para fazer a sua defesa, ninguém melhor que ele mesmo para auxiliar seu advogado a formular perguntas ou pedir esclarecimentos, principalmente nos pontos controvertidos da lide, que se não forem bem trabalhados podem lhe custar anos de prisão.”³⁶

³⁶ Mendes, João Guilherme Lages. Participação do acusado no interrogatório do corréu. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 233, p. 06-07, abr., 2012.

Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais.

A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma: “*Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechtliches Gehör**, como fazem os alemães.*” (grifos no original).³⁷

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter*” (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).³⁸

Mesmo antes desta modificação, já entendíamos que a assistência técnica do advogado deveria sempre ser deferida pelo Juiz, sob pena de não se completar a ampla defesa (só teria havido, então, a defesa pessoal). Nesse sentido já havia decidido o Supremo Tribunal Federal, em liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello, por via da qual se reconheceu, garantindo-o, o direito do advogado de intervir na inquirição do seu cliente pela chamada “CPI do narcotráfico”, sob o argumento de que a Lei nº. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia assim o permite. Nesta decisão monocrática escreveu o Ministro Celso de Mello ser direito do advogado “*manter contacto com o seu cliente, podendo interferir, nas hipóteses contempladas em lei, com o objetivo de dispensar-lhe efetiva assistência técnica que dê sentido e concreção à garantia constitucional que confere, a qualquer um – indiciado, ou não -, o privilégio contra a auto-incriminação (RDA 196/197 – HC 79.244 – DF)*”.³⁹ Assim, após as perguntas feitas pelo Juiz de Direito, obrigatoriamente deveria ser deferida oportunidade ao Ministério Público e à defesa para os seus questionamentos.

Quanto ao assistente do Ministério Público, apesar de não ser parte em sentido formal (apenas sujeito secundário da relação processual), não enxergamos qualquer objeção que participe deste ato processual, mesmo porque o art. 271 do CPP permite expressamente que o advogado do assistente faça perguntas às

³⁷ Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

³⁸ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

³⁹ Mandado de Segurança nº. 23.576 – DF – Medida liminar, DJU de 07/12/99.

testemunhas. Aqui, prefere-se uma interpretação sistemática em detrimento da interpretação puramente literal⁴⁰.

Importante fazer referência à lição de Luís Guilherme Vieira ao afirmar:

*“O interrogatório judicial do réu está a merecer redobrada atenção por parte de todos, porque o rumo do processo criminal pode vir a ser comprometido de forma indelével com as perguntas formuladas pelo juiz e pelo órgão acusador, público ou privado, e principalmente com as eventuais respostas deste ou daquele interrogando ouvido **a posteriori**. Tais interrogatórios podem refletir, direta ou indiretamente, na defesa daqueles que tiverem, pouco importando a razão – pode até ser circunstancial, como se vê com frequência na messe forense, por ter constado, aleatoriamente, na denúncia, como o último dos denunciados –, sido inquiridos em primeiro lugar. Em processos criminais nos quais múltiplos são os acusados, com interrogatórios designados para datas as mais diversas e fracionados, única e exclusivamente, em homenagem à boa e regular marcha processual, para que ocorram em dias e horários diferentes (isto sem falar naqueles que são ouvidos por intermédio de cartas precatórias ou rogatórias), a defesa prévia, peça das mais importantes para a defesa, ganhou contorno de relevo ímpar, porque um denunciado inquirido em segundo lugar poderá trazer, em sua fala, fatos que podem influir, sobremodo, nas diligências ou no rol de testemunhas daqueloutros que foram ouvidos em primeiro, principalmente se se pensar que esta é a única oportunidade de se postular a produção dessas provas. Em resumo, o réu que for inquirido, pelo juízo, num primeiro instante, já terá ofertado suas alegações preliminares e, quando se considera, como vem sendo considerado, que o prazo para a sua defesa prévia passa a vigor nos três dias subseqüentes ao seu interrogatório (art. 395, do CPP), sua defesa será prejudicada de forma indelével, porque não poderá, já que preclusa a oportunidade, arrolar esta ou aquela testemunha, requerer esta ou aquela diligência, apresentar esta ou aquela exceção que teriam, ao seu descortínio, o condão de clarificar/extirpar determinados pontos controvertidos que somente vieram ter aos autos por intermédio do termo de interrogatório de co-réu ou participe inquirido em data posterior. Ademais, não se deve desconsiderar, também, a malfadada (e também inconstitucional) delação premiada (ou, como prefere, com acerto, José Carlos Dias, extorsão premiada), muito em voga em tempos que, por vezes, lembram um Estado não-democrático de direito. Decerto, os que por último forem interrogados e, conseqüentemente, por último oferecerem suas alegações preliminares, terão uma inquestionável vantagem sobre aqueles que já as tiverem apresentado, no que se revelaria, como se revela, uma gritante afronta ao princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, caput, CR), mola constitucional que garante, aos atores de processo, o princípio que se convencionou denominar paridade de armas. A forma de afastar esta balda, à luz da Carta Cidadã e da novel legislação extravagante é a determinação de que os prazos para oferecimento das defesas prévias somente passem a vigor após a realização do último interrogatório judicial (lembre-se que o processo, enquanto não esgotada esta etapa, estará paralisado; portanto, qualquer prejuízo às partes e ao regular andamento do processo não advirá com a adoção desta postura garantista), no que teria, **in casu**, perfeita cabida a aplicação analógica (art. 3.º do CPP) do disposto no art. 241, inciso III, do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.710/1993, a qual*

⁴⁰ “A interpretação jurídica, insista-se, não pode ser meramente literal. No dizer do jurista italiano Dellogu, a letra da lei é ponto de partida, não é ponto de chegada!” (Luiz Vicente Cernicchiaro, Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 290).

*dispõe, em síntese apertada, que, no caso de processo com multiplicidade de réus, o prazo para contestação inicia-se após a juntada do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido. **Mutatis mutandis**, em respeito às garantias fundamentais e ao espírito do legislador ordinário, o prazo para a apresentação das preliminares alegações, em tempos hodiernos, há de começar a fluir, tão-só, após a realização do interrogatório do último réu – se este tiver sido inquirido por carta precatória ou por carta rogatória, somente após a juntada da última deprecata –, devendo o juiz, depois disto, intimar as partes, para que tenham ciência de que devem, querendo, praticar ato processual de relevo inquestionável. (Boletim IBCCRIM n.º 187 - Junho / 2008).*

O art. 260 do Código de Processo Penal permite que em caso de não comparecimento injustificado o acusado poderá ser conduzido coercitivamente. Aliás, a este respeito, modificamos entendimento anterior e hoje pensamos que esta disposição do Código de Processo Penal deve ser interpretada à luz da Constituição, não devendo ser mais admitida a condução coercitiva, pois a conveniência quanto ao comparecimento ao interrogatório deve ser aferida pelo acusado e seu defensor, evitando-se a obrigatoriedade de participar de uma “cerimônia degrante”⁴¹.

Neste mesmo sentido, o magistério de Delmanto Jr.:*“Tampouco existe embasamento legal, a nosso ver, para a sua condução coercitiva com fins de interrogatório, prevista no art. 260 do CPP, já que de nada adianta o acusado ser apresentado sob vara e, depois de todo esse desgaste, silenciar. Se ele não atende ao chamamento judicial, é porque deseja, ao menos no início do processo, calar. Ademais, a condução coercitiva ‘para interrogatório’, daquele que deseja silenciar, consistiria inadmissível coação, ainda que indireta. (Inatividade no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 192/193).*

A propósito, veja-se esta decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região: *“CC 2007.02.01.007301-4 - rel. Maria Helena Cisne - j. 27.02.2008 - DJU 24.03.2008 - O comparecimento do réu ao interrogatório, quando devidamente qualificado e identificado, constitui uma faculdade e não um dever do mesmo. Apenas em situações excepcionais poderá o Magistrado promover a condução coercitiva do acusado, nos termos do art. 260, do CPP.- A CRFB, ao permitir ao acusado calar-se diante do Juiz, demonstra que o interrogatório não é imprescindível para o deslinde da causa, devendo o réu, desde que devidamente citado, arcar com o ônus processual de seu não comparecimento. Correição Parcial indeferida.”*

Também com o mesmo entendimento, o Ministro Celso de Mello deferiu pedido de reconsideração formulado nos autos do Habeas Corpus n.º. 123043 em favor de M.F.R.J. para suspender cautelarmente, até o final do julgamento da presente ação, a eficácia do decreto de prisão preventiva determinado contra o acusado. *“Entendo que se justifica o acolhimento do pleito em questão”*, ressaltou o Ministro Celso de Mello. Para ele, a ausência do acusado a atos relacionados à instrução probatória, como o interrogatório judicial, não legitima, só por si, a decretação da prisão cautelar do réu. Nesse sentido, ele citou como precedente o julgamento do Supremo no HC 95999. O relator observou que nem mesmo a eventual decretação da revelia do acusado autorizaria a utilização da medida excepcional da

⁴¹ A propósito, veja-se o texto de Alexandre Duarte Quintans, disponível no endereço: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9198>

privação cautelar da liberdade. Em sua decisão, o Ministro Celso de Mello enfatizou que, tratando-se de interrogatório judicial, “*o não comparecimento do réu não constitui fundamento suficiente para legitimar a decretação da prisão cautelar do acusado, pois este – como se sabe – sequer está obrigado a responder às perguntas formuladas pelo magistrado (artigo 186, caput, Código de Processo Penal), considerado o direito fundamental, que assiste a qualquer pessoa sob persecução penal, de permanecer em silêncio*”. O relator lembrou a jurisprudência da Corte quanto a matéria: HCs 79812, 94016, 94601, 99289, entre outros. Segundo ele, o acusado buscou justificar os motivos de sua ausência ao interrogatório judicial, “*não obstante inafastável a sua prerrogativa fundamental de exercer, sem qualquer consequência negativa, o direito ao silêncio (artigo 186, parágrafo único, CPP)*”. Por fim, o Ministro registrou que a afirmação de reiteração criminosa “*também não se revela bastante, só por si, para justificar a imposição, ao réu, da privação cautelar de sua liberdade individual, eis que, como não se desconhece, tal fundamento tem sido desautorizado pelo magistério jurisprudencial desta Corte Suprema (HC 93790)*”.

Se houver corréus os seus interrogatórios devem se realizar separadamente (art. 191, CPP, com a nova redação já referida). Aliás, se houver pluralidade de acusados, deve o Juiz agendar “*as audiências devem ser agendadas racionalmente e de forma coordenada, respeitando um intervalo mínimo entre cada uma delas, de modo a permitir a participação das defesas de todos os acusados*”, conforme decidiu o Ministro Joaquim Barbosa nos autos da Ação Penal Originária nº. 470.

Discutia-se se, nesta fase, era necessária a presença de advogado. Boa parte da doutrina entendia que sim tendo em vista o disposto nos arts. 261 e 263 do CPP. Neste sentido, Tourinho Filho, Frederico Marques e Espínola Filho. Havia quem entendesse, porém, a sua desnecessidade por se tratar de um momento processual típico da autodefesa (e não defesa técnica), podendo, ademais, haver retratação a qualquer instante. A jurisprudência claramente se inclinava neste segundo sentido, a ponto do próprio Tourinho Filho observar que “*nunca se anulou qualquer processo pelo não-comparecimento do Advogado ao ato do interrogatório*”.⁴²

Mirabete, por exemplo, acompanhando esta corrente jurisprudencial majoritária, sustentava que “*a presença do defensor no interrogatório é apenas facultativa, já que não pode normalmente intervir nesse ato processual, razão por que a sua ausência não constitui nulidade no processo (RT 600/369, 610/407, JTACrSP 59/340)*”.

Em posição contrária, defende Ferrajoli “*el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio, para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales*”.⁴³

⁴² Ob. cit., p. 273. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, assim decidiu: “*STF - HC83.041-2- DJU 30.05.03. RELATOR: MINISTRO CARLOS VELLOSO. EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUESTÃO NOVA. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não pode, de qualquer modo, intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. Código de Processo Penal, art. 187. HC conhecido, em arte, e, nessa parte, indeferido.*”

⁴³ Ob. cit., p. 608.

A Suprema Corte, através de um dos seus mais destacados Ministros, Celso de Mello, através de liminar concedida em Mandado de Segurança (acima referido) deixou assentado que *“cabe reconhecer, por isso mesmo, que a presença do advogado em qualquer procedimento estatal, independentemente do domínio institucional em que esse mesmo procedimento tenha sido instaurado, constitui fator inequívoco de certeza de que os órgãos do Poder Público (Legislativo, Judiciário e Executivo) não transgredirão os limites delineados pelo ordenamento positivo da República, respeitando-se, em consequência, como se impõe aos membros e aos agentes do aparelho estatal, o regime das liberdades públicas e os direitos subjetivos constitucionalmente assegurados às pessoas em geral, inclusive àquelas eventualmente sujeitas, qualquer que seja o motivo, a investigação parlamentar, ou a inquérito policial, ou, ainda, a processo judicial”*.

Encontrávamos, neste sentido, algumas poucas decisões de Tribunais Estaduais: *“Nulo é o processo em que o acusado é interrogado sem a presença de advogado defensor. Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º., LV, da Constituição Federal). Nulidade decretada a partir, inclusive, do interrogatório.”* (Apelação Criminal nº. 70001997402 – TJRS – 5ª. Câmara Criminal – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho – j. 14/02/01)⁴⁴.

Sempre nos pareceu, à vista da garantia da ampla defesa (que pressupõe o exercício da defesa técnica), ser indiscutível poder o advogado orientar o seu cliente durante o interrogatório, mesmo porque *“el defensor interviene en el proceso con la finalidad de conseguir la absolución de su defendido, poniendo a disposición de este objetivo todos sus conocimientos jurídicos.”*⁴⁵

Hoje, no entanto, a discussão perdeu sentido em virtude da modificação introduzida ao art. 185, **in verbis**: *“O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.”* Não há mais dúvidas quanto à imperiosa necessidade da presença do defensor (dativo, público ou constituído) neste ato processual, sob pena de nulidade absoluta:

Assim, por exemplo, liminar que concedeu liberdade a J.S.S.N. foi confirmada, por unanimidade, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. No Habeas Corpus (HC) 84373 impetrado contra o Superior Tribunal de Justiça, o acusado alegava não ter sido acompanhado por defensor no dia em que foi interrogado. “Não houve tempo para que fosse nomeado defensor”, disse o relator, ministro Cezar Peluso que concedeu liminar para que J.S.S.N. recebesse liberdade. Peluso ressaltou que o interrogatório foi realizado sem o acompanhamento de advogado, tendo sido nomeado posteriormente. Fonte: STF.

“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 459518 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. MARCO

⁴⁴ Sobre a matéria, indicamos, ainda, o ótimo texto do Professor René Ariel Dotti, publicado na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº. 20, junho/julho 2003, pp. 06 e segs (“A Presença do Defensor no Interrogatório”) e o livro de Carlos Henrique Borlido Haddad (“O Interrogatório no Processo Penal”, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 231 e segs.

⁴⁵ Víctor Moreno Catena, Derecho Procesal Penal, Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 143.

AURÉLIO, Julgamento: 23/10/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma, Decisão Unânime. Ementa : PROCESSO PENAL - INTERROGATÓRIO - ASSISTÊNCIA TÉCNICA. A exigência de defesa técnica para observância do devido processo legal impõe a presença do profissional da advocacia na audiência de interrogatório do acusado. Não bastasse o disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal, a Lei nº 10.792/2003 apenas explicitou a formalidade de cunho nitidamente constitucional - artigo 5º, inciso LV, da Carta Federal.”

“HABEAS CORPUS N.º 52.330-MS - Rel.: Min. Laurita Vaz/5.ª Turma - EMENTA - Habeas corpus. Processual penal. Crime de estupro tentado. Ausência de defensor no interrogatório. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa. Devido processo legal. Constrangimento ilegal evidenciado. Progressão de regime. Pedido prejudicado. 1. Após o advento da Lei n.º 10.792/2003, mesmo quando não existe prejuízo efetivo ao acusado, e ainda que o fato seja atribuível à atitude do próprio réu, a presença do defensor no interrogatório tornou-se de formalidade essencial, corolária do princípio da ampla defesa e do devido processo legal. 2. Dessa forma, uma vez realizado o interrogatório do réu sob a égide do mencionado regramento, resta evidenciada a nulidade, a qual, por ser de natureza absoluta, contamina todos os atos decisórios a partir de então. 3. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior. 4. Anulado o interrogatório do réu, e todos os atos decisórios subsequentes, a ordem perde seu objeto no tocante à fixação do regime integral fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. 5. Ordem concedida para anular o interrogatório do réu, realizado sem a presença de seu defensor, e todos os atos decisórios a partir de então.” (STJ/DJU de 20/11/06, pág. 346).

“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RHC 87172/GO – RECURSO EM HABEAS CORPUS - Relator: Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 15/12/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00032 EMENT VOL-02219-5 PP-01035 - EMENTA: PROCESSO CRIMINAL. Defesa. Cerceamento caracterizado. Ré interrogada sem a presença de defensor, no dia de início de vigência da Lei nº 10.792, de 2003, que deu nova redação ao art. 185 do Código de Processo Penal. Sentença que, para a condenação, se valeu do teor desse interrogatório. Prejuízo manifesto. Nulidade absoluta reconhecida. Provimento ao recurso, com extensão da ordem a co-réu na mesma situação processual. É causa de nulidade processual absoluta ter sido o réu qualificado e interrogado sem a presença de defensor, sobretudo quando sobrevém sentença que, para o condenar, se vale do teor desse interrogatório.”

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - EDcl no HABEAS CORPUS Nº 39.430 - DF (2004/0158716-1) Relatora : Ministra Laurita Vaz – Ementa: Embargos De Declaração No Habeas Corpus . Crime De Latrocínio. Ausência De Defensor No Interrogatório. Cerceamento De Defesa. Nulidade Reconhecida. Alegação De Omissão No Julgado Quanto À Apreciação Do Pedido De Desentranhamento Dos Atos Processuais Anulados. Ocorrência. 1. Tendo em vista a ausência de defensor no interrogatório do ora Paciente, o referido ato processual, bem como todos os atos decisórios a partir de então, foram anulados por esta Corte, por ocasião da apreciação do mérito do presente writ. 2. Contudo, muito embora tenha sido pleiteado o desentranhamento do interrogatório anulado, bem como dos atos

processuais supervenientes, tal questão não foi analisada por esta Corte, quando da apreciação do habeas corpus. 3. Embargos acolhidos, sem efeitos modificativos, para, sanando a omissão apontada, determinar o desentranhamento do interrogatório do ora Paciente, dos atos decisórios realizados a partir de então, bem como de todos os atos processuais que façam referência expressa ao interrogatório ora anulado.”

O art. 261, parágrafo único exige que a “*defesa técnica será efetiva, exigindo manifestação fundamentada.*” Com efeito, todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do Direito, a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa; como vimos a defesa ampla se compõe da autodefesa e da defesa técnica, aquela exercida pelo próprio acusado e esta por um advogado.

Aliás, é imperioso destacar que o direito de defesa no processo penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade: “*Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión*”.⁴⁶

Mesmo para o réu ausente ou foragido é indispensável, sob pena de nulidade absoluta, que se lhe nomeie um defensor (art. 261, CPP). Aliás, o art. 262 do Código exige a presença, outrossim, de um curador ao acusado menor. Esta imposição, porém, perdeu sentido, em razão do novo Código Civil, como mostraremos a seguir.

Como se sabe, sob a égide do Código Civil anterior eram absolutamente incapazes os menores de 16 anos e relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 21 anos (arts. 5º., I e 6º., I da Lei nº. 3.071/16).

Hoje, com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02), também é cediço que são absolutamente incapazes os menores de 16 anos e relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos.

Assim estão redigidas as novas disposições:

“*Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: “I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (...)”*” “*Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.*”

É preciso que tenhamos em mente que o próprio texto da lei civil estabelece expressamente o seguinte:

“*Art. 2.043 - Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.*”

⁴⁶ Klaus Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 184.

Não esqueçamos, por outro lado, que a Lei Complementar nº. 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, estabelece o seguinte:

“Art. 9º - A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.” (Redação dada pela Lei Complementar nº. 107/01).

Assim, a princípio, seria necessária uma modificação legislativa expressa no Código de Processo Penal, a fim que se considerasse revogado pelo novo Código Civil este artigo do CPP (e outros).

Nada obstante, cremos que restaram sem eficácia (apesar de ainda formalmente válidos) vários artigos do Código de Processo Penal, entre os quais o art. 262 (não têm mais condições de produzir seus efeitos e, por conseguinte, de ser aplicados, apesar de não ter havido uma revogação expressa; logo estão em vigência⁴⁷).

Não é mais possível falar-se em acusado menor. Obviamente que se trata de uma expressão que traz ínsita uma antinomia, pois ou é acusado (e não pode ser menor), ou é menor (e não pode ser acusado).

Sob a ótica do Direito Civil anterior, o acusado menor era aquele sujeito entre 18 e 21 anos, pois, apesar de ser imputável do ponto de vista penal, ainda era considerado pela lei civil uma pessoa relativamente incapaz. Como o maior de 18 anos não é mais relativamente incapaz, é claro que todo réu tem idade igual ou superior a 18 anos⁴⁸; contrariamente, quem tem idade inferior a esta, jamais, pode ser sequer indiciado em inquérito policial.

Assim, todo réu é, hoje, maior, pois todo menor está sujeito ao procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive na fase policial. Logo, “acusado menor” não existe mais. O art. 262 perdeu o seu sentido como norma jurídica.

Aliás, sobre esta figura, agora desnecessária, Frederico Marques entendia que ela agia como substituto processual, pois *“encarna o interesse do Estado pela efetividade do direito de defesa, pelo que atua em nome próprio, órgão que é no momento daquele interesse estatal”*.⁴⁹

⁴⁷ Validade formal ou técnico-jurídica, nas palavras de Miguel Reale. Para o jurista, “a validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo”, enquanto a eficácia refere-se “aos efeitos ou conseqüências de uma regra jurídica. Não faltam exemplos de leis que, embora em vigor, não se convertem em comportamentos concretos, permanecendo, por assim dizer, no limbo da normatividade abstrata.” (Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19ª. ed., 1991, p. 114). Bobbio ensina que “validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica.” Já “o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida.” (Teoria da Norma Jurídica, São Paulo: Edipro, 2001, pp. 46/47).

⁴⁸ Diz a Constituição, no art. 228, que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁴⁹ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 41.

O defensor nomeado ou dativo será obrigado a aceitar a defesa, sob pena de responder por infração disciplinar (art. 34, XII do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), nem pode abandonar a causa, sob pena de multa (art. 265). Se, porém, o acusado para o qual o Juiz nomeou um defensor na realidade não for pobre, será obrigado a pagar os honorários advocatícios arbitrados pelo Juiz (art. 263, parágrafo único, CPP).

A constituição de advogado no processo penal pode ser feita por procuração ou por indicação verbal quando da realização do interrogatório, dispensando-se, neste último caso, a juntada do instrumento procuratório. Ainda que inicialmente tenha sido nomeado um defensor dativo, pode o acusado a qualquer momento constituir um profissional de sua confiança (art. 263, **caput**). Neste sentido, o Supremo Tribunal federal decidiu que a nomeação de advogado na etapa de interrogatório substitui a necessidade de procuração ao defensor. Com este argumento, baseado no artigo 266 do Código de Processo Penal, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal determinou que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analise recurso de condenado à pena de dois anos de reclusão por uso de documento falsificado. A decisão foi tomada pela Segunda Turma nesta terça-feira (9), no julgamento do Habeas Corpus 92822, relatado pelo ministro Eros Grau. No HC, a defesa contestava decisão do STJ de não conhecer o Agravo de Instrumento, alegando falta de instrumento de mandato de constituição de advogado (procuração). Condenado em primeira instância, J.J.S. teve negado recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça paulista, que lhe negou seguimento, também, de Recurso Especial ao STJ. Dessa decisão, a defesa interpôs, no STJ, o recurso de Agravo de Instrumento (AI), com a finalidade de ter seu recurso especial analisado pela corte. Entretanto, o STJ negou o recurso sob alegação de não-constituição de advogado, ou seja, não estava presente nos autos do processo a procuração concedida pelo réu ao seu defensor. Ao conceder o HC, o ministro Eros Grau afirmou que “*o não conhecimento do agravo cerceia o direito de defesa do paciente*”. Ele lembrou que a defesa comprovou, em data oportuna, a nomeação do advogado durante o interrogatório judicial. E, como observou, a cópia do termo do interrogatório, contendo o nome do advogado de defesa, substitui o instrumento de mandato de outorga ao defensor.

Neste sentido: “*A nomeação de defensor no interrogatório judicial do réu dispensa a juntada de instrumento de mandato (artigo 226 do CPP). Impondo-se seja conhecido o agravo de instrumento instruído com o termo de interrogatório. Ordem concedida*” (STF – 2ª T- HC 92.822 – rel. Eros Grau – j. 09.09.2008 – DJU 14.11.2008).

Como já assinalado, o defensor exerce a chamada defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa.

A propósito, veja-se a definição de Fenech:

“*Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la*

pretensión.. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya”.

Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “*que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo*”.⁵⁰

Ressalte-se que o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um representante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a este profissional exercitar a sua defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: “*En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculcado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental*”.⁵¹

Segundo Étienne Vergès, “*le défenseur (le plus souvent un avocat), occupe une place primordiale dans l’exercice des droits de la défense, Ainsi, l’article 6§3-c Conv. EDH permet à l’accusé (au sens large) de se défendre lui-même ou d’avoir l’assistance d’un défenseur de son choix.*”⁵²

Admite-se, por exemplo, a interposição de recurso mesmo contra a vontade do réu, pois “*deve, como regra geral, prevalecer a vontade de recorrer, só se admitindo solução diversa quando, por ausência do interesse-utilidade, não seja possível vislumbrar, em face de circunstâncias do caso, vantagem prática para o acusado.*” Isto ocorre porque a regra da disponibilidade dos recursos “*sofre exceções no processo penal, em que a relação jurídica de direito material controvertida é de natureza indisponível, havendo limitações à disponibilidade dos recursos quando estejam em jogo os direitos de acusar e de defender.*” Assim, “*havendo conflito de vontades entre o réu e o advogado, a opinião mais coerente com as garantias da defesa é a de que deve prevalecer a vontade do defensor, que recorreu, não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para melhor garantia do direito de defesa.*”⁵³

⁵⁰ Miguel Fenech, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457.

⁵¹ Klaus Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 185.

⁵² *Procédure Pénale*, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 42.

⁵³ Ada Pellegrini Grinover e outros, *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2001, págs. 42 e 130. Nesta matéria trava-se séria divergência jurisprudencial (veja-se na obra citada a página 79). Conferir também excelentes trabalhos de Sergio Demoro Hamilton, publicado na *Revista Consulex*, nº. 18, junho/1998, Afrânio Silva Jardim, *Revista do Ministério Público*

A respeito do assunto, recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

“Em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, na hipótese de conflito entre o réu, que renunciou ao direito de recorrer da sentença condenatória, e seu defensor, prevalece a vontade da defesa técnica, com idoneidade para avaliar as conseqüências da não impugnação da decisão condenatória.” (STJ, HC 18.400-SP, Rel.: Min. VICENTE LEAL, DJU de 06/05/2002, p. 321).

Consta do voto do Relator: *“Examinando-se a hipótese **sub examen**, é de se reconhecer a procedência do pedido. Ora, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, na hipótese de conflito entre o réu, que renunciou ao direito de recorrer da sentença condenatória, e seu defensor, prevalece a vontade da defesa técnica, com idoneidade e conhecimento para avaliar as conseqüências da não impugnação da decisão condenatória. É o que bem ressalta a ilustre Subprocuradora-Geral da República em seu parecer, **verbis**: De fato, embora o réu seja o legítimo titular do direito de recorrer, a defesa técnica há de preponderar sobre a autodefesa, no que tange ao recurso, tendo em vista que o profissional especializado possui melhores condições de avaliar a conveniência ou não das medidas legais a serem utilizadas, para um patrocínio o mais eficaz possível, dos interesses do outorgante. Para reforçar ainda mais a tese da ilustre Procuradora de Estado impetrante - que, ressalte-se, apesar de toda a sobrecarga notoriamente conhecida no âmbito das Defensorias Públicas, vem, **in casu** zelar firmemente pelos interesses de um paciente que renunciou ao seu direito -, vê-se que, apesar de o Termo de Renúncia ao Direito de Recurso haver sido assinado por Ademilton Messias Rosa (fl. 14), não existe, mesmo, naquele ato, qualquer indício de haver sido o paciente assistido por um defensor.”* (fls. 93/94).

Vejamos outros julgados do mesmo Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria: *“Processual penal. **Habeas Corpus**. Extorsão. Apelação. Divergência entre réu e defensor. Havendo conflito entre o réu, que renunciou ao direito de recorrer da sentença condenatória, e o seu defensor, que interpôs apelação, deve prevalecer a manifestação deste, tendo em vista que, por ter conhecimentos técnicos, em tese, está em melhores condições para avaliar a necessidade da impugnação. Habeas corpus deferido.”* (HC 15.983, Quinta Turma, Rel. em. Min. Félix Fischer, DJ 20/08/2001).

“Criminal. HC. Roubo tentado. Recurso de apelação. Conflito entre as vontades do réu e de seu defensor. Preponderância da vontade do defensor. Conhecimento técnico. Apelo em liberdade. Demora não-razoável no julgamento do recurso. Constrangimento ilegal. Ordem concedida. I. Na hipótese de conflito entre a vontade do réu e a de seu defensor, no que se refere à interposição de recurso, tendo em vista a renúncia do acusado ao direito de recorrer, prevalece a vontade do defensor, constituído ou nomeado, em razão do conhecimento técnico para avaliar as conseqüências da não impugnação da decisão penal condenatória. II. (...) III. Ordem concedida para determinar que o e. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo proceda ao julgamento do mérito do recurso de apelação interposto em

favor de Edgar Santos Pereira, permitindo-se-lhe aguardar em liberdade tal desfecho.” (HC 15.693/SP, Quinta Turma, rel. em. Min. Gilson Dipp, DJ 27/08/2001).

“Processo penal. Direito irrenunciável do réu de recorrer. 1. Pode o defensor interpor recurso, embora o réu tenha se manifestado em sentido contrário, posto que irrenunciável o seu direito de recorrer, em face do princípio da ampla defesa, devendo aquele decidir sobre a conveniência ou não do exercício da faculdade de apelar. 2. Recurso do MP não conhecido.” (REsp 120.170/DF, Sexta Turma, Rel. em. Min. Fernando Gonçalves, DJ 30/06/97).

“Habeas Corpus 26244/MS; HABEAS CORPUS - 2002/0177008-5 - DJ DATA:31/03/2003 PG:00241. Relator: Ministra LAURITA VAZ. Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONFLITO DE VONTADES. RÉU QUE RENUNCIA AO SEU DIREITO DE RECORRER X DEFENSOR QUE INTERPÕE APELAÇÃO. PREVALÊNCIA DA VONTADE TÉCNICA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em homenagem ao princípio da ampla defesa, deve prevalecer a vontade da defesa técnica sobre a autodefesa, já que, sendo o defensor um profissional dotado de conhecimento técnico especializado para atuar no processo, possui melhores condições de avaliar a conveniência ou não da impugnação da sentença condenatória. 2. Ademais, há de se ressaltar que a interposição do recurso de apelação em nada poderá acarretar prejuízos ao réu, em virtude do ne reformatio in pejus. 3. Ordem concedida. Data da Decisão: 25/02/2003. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA”.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal sumulou recentemente o seguinte entendimento: *“A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.* (Súmula 705).

Ademais, importante ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal indeferiu o Habeas Corpus 98434, impetrado pela Defensoria Pública da União contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. A defesa pedia a nulidade absoluta do processo, alegando que a citação e o interrogatório ocorreram no mesmo dia, o que ofenderia os princípios do contraditório e da ampla defesa. O julgamento, suspenso por pedido de vista do ministro Ayres Britto (aposentado), foi retomado com o voto-vista de seu sucessor, o ministro Luís Roberto Barroso. Ele lembrou que a Defensoria Pública havia recorrido ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais e ao STJ, que não viram qualquer nulidade na realização do interrogatório do acusado na mesma data de sua citação. Segundo a defesa, este fato representaria vício insanável no processo, *“pois não se possibilitou ao paciente [acusado] o direito fundamental de constituir defensor, seja ele dativo ou público”.* No momento da suspensão do julgamento haviam votado pelo indeferimento da ordem a ministra Cármen Lúcia, relatora do HC, e o ministro Ricardo Lewandowski. O ministro Marco Aurélio se posicionou pela concessão da ordem por entender que a falta de contato prévio com o advogado, como previsto no artigo 185, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, representaria queima de etapas no processo e ofenderia o princípio da ampla defesa. O réu, servente de pedreiro, foi condenado a 17 anos de reclusão pelo homicídio de um taxista em Conselheiro Lafaiete (MG) em 2007. Segundo os autos, contratado por R\$ 400, ele jogou gasolina e ateou fogo na vítima. Ao votar pelo indeferimento, o ministro Barroso afastou o argumento da defesa de que a citação e o interrogatório no mesmo dia impossibilitariam consulta a advogado, pois, conforme

destacado no voto da relatora, antes da realização de tais atos processuais, o defensor público já estava atuando em favor do acusado e uma semana antes chegou a formular pedido de instauração de incidente mental. “Neste contexto não vejo como acatar a tese de nulidade absoluta do processo, tendo em vista que não enxergo nos autos a demonstração de efetivo prejuízo suportado pelo acusado”, concluiu o ministro Roberto Barroso.

Interessante, para finalizar, esta comparação entre o nosso sistema e o norte-americano: *"Considere o seguinte caso hipotético: após dez meses de um assalto em um parque às 10 horas da noite, a polícia consegue prender um sujeito que logo depois é reconhecido pela vítima. No entanto, o sujeito parece ter um álibi incontestável. Quando confrontado pela primeira vez pela polícia após os dez meses, ele dá um relato minucioso de seu paradeiro e atividades naquela noite: às 20h45min, ele saiu e foi ao mercado na esquina para comprar feijão preto, voltou para sua casa e terminou de preparar um prato de feijão e paio por volta das 21h45min, aí jantou enquanto assistia o programa do Fantástico, que começou às 22h em ponto e que durou duas horas. A mãe dele está disposta a corroborar essa mesma história, e posteriormente a polícia confirma a transmissão do Fantástico às 22h.(2) Finalizado o inquérito e oferecida a denúncia pelo Ministério Público, procedem-se às inquirições em audiência de instrução. Como o promotor deveria formular as perguntas ao acusado e à sua mãe para evidenciar que o álibi é falso? Qual tom de voz deveria usar? Como deveria se preparar para a audiência? Se das aulas da faculdade de Direito se esperava tirar algumas indicações, a esperança muitas vezes não se confirmará. Isso porque a técnica de inquirição de testemunhas e acusados não é matéria de estudo, nem muitas vezes de treinamento profissional. Isso apesar da posição primordial da audiência de instrução no processo penal brasileiro desde a reforma de 2008. Para começar, a prova colhida no inquérito já não é suficiente para ensejar a condenação.(3) Mais importante ainda, além da audiência de instrução, o interrogatório do acusado (e em um sentido mais amplo, também os depoimentos) frequentemente constitui o último ato processual antes de o juiz proferir a sentença. O princípio da imediação, bem fundamentado no campo da psicologia cognitiva, sustenta que o aspecto mais memorável de determinado acontecimento costuma ser o final.(4) Para o promotor ou defensor, então, a interação ao vivo com testemunhas, acusado e vítima na audiência de instrução representa, ao mesmo tempo, a melhor e última possibilidade de reverter um caso cujos autos favorecem a parte oposta. Com certeza, existem tanto advogados quanto professores altamente capazes de interrogar. Aliás, tal técnica é passível de investigação, treinamento e sistematização em disciplinas acadêmicas, atividade que não está sendo realizada em grande escala. Sabe-se disso porque essas estratégias a rigor são estudadas e as destrezas dos alunos aprimoradas nas faculdades americanas, inglesas e dos outros sistemas adversariais sob o nome de trial advocacy.(5) Em tais matérias, o aluno aprende a estruturar perguntas para evitar respostas inesperadas, evidenciar contradições sem deixar espaço para a testemunha escapar e minimizar os vãos nos testemunhos defensivos. Ou seja, aprende-se a construir a prova em vez de argumentar com base na prova já colhida. Mas voltemos ao caso do início, no qual o promotor queria fazer com que o álibi do acusado fosse desacreditado. O mais intuitivo seria lhe perguntar se ele inventou o álibi quando percebeu que poderia ser processado. Porém, o acusado poderá responder que simplesmente está contando o que ele consegue se lembrar, assinalando que, de fato, passou o Fantástico na televisão na noite em questão. Portanto, considere uma tática diversa, ilustrada mediante um exemplo adaptado de um professor de técnicas de litígio oral, **Shane Read**: Promotor: Você falou que não soube do assalto até ser informado*

pela polícia, correto? Acusado: Correto. Promotor: Então, você não sabia nada sobre isso durante um período de quase dez meses depois do crime? Acusado: Correto. Promotor: E na noite do crime, você contou que saiu para o mercado às 20h45min, verdade? Acusado: Saí. Promotor: E aí no mercado, comprou feijão preto? Acusado: Comprei. Promotor: Depois voltou em casa às 21 horas? Acusado: Voltei. Promotor: Logo depois, você começou a fazer o seu jantar de feijão preto com paio. Acusado: Exato. Promotor: E você terminou de fazer a comida às 22 horas? Acusado: Às 22 horas, sim. Promotor: Aí ficou assistindo o Fantástico até a meia-noite. Acusado: Fiquei, o tempo todo. Promotor: Bom. Agora eu gostaria de conversar com você sobre o dia antes do crime. Você pode nos contar o que jantou na noite anterior? Acusado: Emm...na verdade, eu não saberia te dizer. Promotor: E onde você estava às 10 horas da noite desse dia? Acusado: Também não me lembro. Promotor: Tudo bem. Então vamos passar para o dia depois do crime. O que você jantou naquela noite? Acusado: Não me lembro. Promotor: E sua localização às 10 horas da noite? Acusado: Também não. Nota-se que, em efeito, o promotor não pergunta sobre o horário do crime, mas faz o acusado repetir detalhadamente a mesma versão que deu à polícia. Posteriormente dá uma virada abrupta e bastante inesperada para o acusado, inquirindo sobre os dias anterior e posterior ao fato. Não importa o que o acusado venha a responder: por um lado, “não lembro” serve para mostrar que é improvável ele se lembrar da noite do crime; por outro, “comi macarrão no restaurante na esquina” ou qualquer outra resposta semelhante também virá a fracassar, pois é difícil que o réu e a sua mãe tenham combinado também sobre tais pontos. Portanto, basta o testemunho da mãe, isolada da sala de audiência, para o promotor argumentar nas alegações finais que essa contradição desmente o álibi. Outro diálogo clássico das matérias de técnicas de litígio americanas serve para reforçar uma das regras básicas da inquirição: a de não fazer perguntas para os inquiridos da parte oposta ao menos que se saiba, com alguma segurança, de antemão qual será a resposta, ou mesmo, que a resposta não importe. Em um processo por lesões corporais, por exemplo, o depoimento de uma testemunha ocular ocorre do seguinte modo: Defensor: O senhor falou que estava amarrando os cadarços do seu sapato quando a briga começou? Testemunha: Falei. Defensor: Portanto, naquele momento, olhava para os seus sapatos? Testemunha: Olhava, sim. Defensor: Então como é que tem certeza que o meu cliente instigou a briga mordendo o nariz da vítima se o senhor nem olhava para os dois? Testemunha: Depois vi o seu cliente cuspir o nariz na calçada. Os exemplos anteriores nada mais são do que dois dentre tantos que mostram a potencial utilidade de estudar técnicas de litígio oral até mesmo em um sistema em grande parte inquisitorial, como ainda é o caso do sistema processual penal brasileiro. Outras técnicas incluem métodos de o advogado se preparar e ensaiar para audiências (por exemplo, o advogado deve escrever suas perguntas palavra por palavra com anterioridade à audiência? Como ele deve modificar aquelas perguntas após escutar a inquirição da parte oposta? O que fazer caso a testemunha se afaste da sua versão anterior? Com que tom de voz se dirigir a ela? E inumeráveis outras). Não se está a sugerir, aqui, que as faculdades brasileiras simplesmente comecem a treinar os seus alunos de acordo com o modelo americano. Em primeiro lugar, as normas processuais são tão divergentes que algumas das estratégias americanas acabariam sendo totalmente inúteis, enquanto outras, que seriam proibidas pelas regras de produção e admissibilidade da prova no processo penal americano, mereceriam ser aproveitadas no contexto brasileiro. Por exemplo, a extrema relutância de um juiz americano em se intrometer nas inquirições deixa espaço para o advogado brincar com a dúvida gerada por perguntas não feitas por nenhuma das partes, tática dificilmente empregada no

contexto brasileiro.(8) De modo inverso, a estrutura do inquérito policial efetivamente obriga as testemunhas a contar múltiplas vezes a mesma história, criando oportunidades para assinalar contradições.(9) O prévio acesso do juiz aos autos também traz a necessidade de criar novos princípios orientadores diversos dos americanos, já que nos Estados Unidos é proibido ao júri ter conhecimento do caso até a inauguração do julgamento. **Bernd Schünemann** já estabeleceu empiricamente que o juiz avalia cada caso com base nos autos antes da instrução. Mesmo querendo se manter imparcial, ele vai filtrar de maneira subconsciente a prova colhida na instrução mediante aquela conclusão provisória.(10) As estratégias voltadas aos promotores deverão aproveitar esse fenômeno, enquanto os defensores precisarão desenvolver outras para neutralizá-lo. Enfim, deverá ser elaborado um corpo de técnicas de litígio oral brasileiras, pegando emprestadas as do direto comparado enquanto convenientes e acrescentando outras.(11) Tal corpo de técnicas deveria, então, ser ensinado nas faculdades, pois ao adotar elementos-chave da oralidade e da inquirição encabeçadas pelas partes estar-se-á munindo o aluno com as ferramentas necessárias para lidar com tais atos processuais.**Notas:**(1) Agradece-se a generosa colaboração de Renato Vieira e da Professora Heloísa Estellita, sem os quais o presente artigo não teria sido possível. Não obstante, toda opinião exposta nele é minha e não necessariamente reflete as da defensoria nem dos dois.(2) Adaptado de Read, D. Shane, 2007, *Winning at Trial*, National Institute for Trial Advocacy, p. 228-30. Art. 155 do CPP (“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”).(4) Este fenômeno também é conhecido como o “Efeito de Posição Serial” exposto primeiro pelo psicólogo Hermann Ebbinghaus. Ele faz parte do currículo da National Institute of Trial Advocacy (NITA), o maior instituto de capacitação em técnicas de litígio oral nos EUA. Veja, por exemplo, Read, D. Shane, p. 157, e Mauet, Thomas A., 2005, *Trials: Strategy, Skills, and the New Power of Persuasion*, Aspen Publishers, p. 4.(5) Às vezes chama-se litigation skills.(6) Essa tática requer a tomada de certas precauções. O advogado deveria assegurar a presença da mãe no fórum para que o depoimento dela aconteça logo antes do interrogatório do réu.(7) Adaptado do famoso caso de Abraham Lincoln em Terrence F. MacCARTHY, 2007, *MacCarthy on Cross-examination*, American Bar Association, p. 52. Mesmo no sistema americano, o exemplo é mais didático do que prático tendo em conta que o promotor competente pode solicitar a repregunta para aclarar a aparente contradição. Contudo, o diálogo claramente ilustra o perigo de fazer uma pergunta bem aberta para uma testemunha disposta a ajudar a posição da parte oposta.(8) As regras americanas e brasileiras parecem similares à primeira vista. Veja, por exemplo, *Federal Rule of Evidence 614* (“The Court may examine a witness regardless of who calls the witness”). No entanto, o dispositivo raramente é aproveitado. Veja Gianelli, Paul C., 2009, *Chapter 2: Roles of Judge and Jury: FRE 614*, em *Understanding Evidence*, 17/18. Além disso, o desconhecimento do caso por parte do juiz e o fato de as partes guardarem a prova até o momento da incorporação (não há “autos” como se conhece a exemplo do sistema brasileiro) necessariamente limitam a capacidade do juiz de esclarecer elementos em branco.(9) No sistema penal americano, com a notável exceção do estado da Flórida, não há direito de confrontar as testemunhas da parte oposta até que sejam inquiridas em audiência de julgamento (criminal trial). Não é, pois, incomum que o promotor desconheça por completo uma testemunha da defesa antes do julgamento, e mesmo que o defensor não disponha de nenhum termo de depoimento anteriormente tomado pela promotoria.(10) Schünemann, Bernd, *O juiz*

*como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental, Bernd Schünemann: Estudos de direito penal, direito processual penal, e filosofia do direito, IBCCRIM n. 11, set.-dez. 2012, p. 30-51.(11) Um possível ponto de partida, além do direito comparado, é o julgamento pelo júri. Os penalistas brasileiros já possuem um considerável acúmulo de conhecimento prático na área, embora não tenham sido adaptadas às inquirições em audiência de instrução por juiz no procedimento comum." (Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 261 – Agosto/2014 - Construindo a prova: uma proposta para as faculdades de direito Autor: Nathan Rubenson - *Juris doctor* pela New York University School of Law. Ex-aluno de intercâmbio da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. *Assistant Public Defender* no Condado de Mecklenburg, Carolina do Norte, Estados Unidos).*

Para concluir, conta-se que por volta do ano de 1340, o sucessor da Coroa Portuguesa, D. Pedro I, filho do Rei Afonso IV, se enrabichou com a dama de companhia de sua esposa. O nome dela era Inês de Castro. Como os pais do futuro soberano lusitano não aprovaram a diversão amorosa do filho, mandaram Inês para longe da corte, confinando-a em um castelo perto da Espanha. E para aumentar o drama, a esposa de D. Pedro I, Constança, morreu em 1345. O Príncipe, saudoso das carícias da antiga amante, desobedeceu ao Rei e mandou buscar Inês de Castro, que ficaram juntos por mais de dez anos (tiveram, inclusive, quatro filhos). Nada obstante "a união estável", o Rei mandou três de seus conselheiros matarem Inês e a prole. D. Pedro I, apesar de irado, conformou-se. E assim se passaram mais dois anos, quando o Rei Afonso IV morreu. A partir daquele momento, o Príncipe havia se tornado o Rei de Portugal. Um de seus primeiros atos foi mandar matar os assassinos de sua amada (um deles conseguiu fugir). Logo depois, desenterrou o corpo decomposto de Inês e a posicionou no trono, obrigando toda a corte lusitana a beijar a mão da Rainha. D. Pedro I, finalmente, havia feito justiça (exercício arbitrário das próprias razões?), mas isto não adiantava para trazer Inês de volta a vida.

Daí vem a expressão "agora a Inês é morta", como referência à solução de uma situação, cujo desastre já aconteceu e, portanto, de nada mais serve, ainda que eivado de boas intenções. Serve, portanto, para que, doravante, a Polícia obedeça a lei quando realize uma busca e apreensão, pois se corre o risco de, ao final, todo o trabalho realizado "virar água" ou "dar em pizza".