

FACULDADE ESTÁCIO DE SÁ DE BELO HORIZONTE
Curso de Graduação em Direito

O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO COMO PRIMEIRO ATO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL MILITAR: ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

Thiago Soares Gonçalves

Belo Horizonte
2012

Thiago Soares Gonçalves

O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO COMO PRIMEIRO ATO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL MILITAR: ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

Artigo científico apresentado ao Curso de Direito
da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Dr. Líbero Cristiano Leal da
Rocha

Belo Horizonte

2012

Thiago Soares Gonçalves

O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO COMO PRIMEIRO ATO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL MILITAR: ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

Artigo científico apresentado ao Curso de Direito
da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte
como requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Líbero Cristiano Leal da Rocha (Orientador)

Prof. Ms. Isabel Penido de Campos Machado

Prof. Ms. Rosana Ribeiro Felisberto

Belo Horizonte, 13 de junho de 2012

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	2
2 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	3
3 O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL COMUM E MILITAR.....	8
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	23

O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO COMO PRIMEIRO ATO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR: ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

Thiago Soares Gonçalves¹

RESUMO

A presente pesquisa tem a finalidade compreender e discutir determinados aspectos do interrogatório do acusado, especialmente acerca da necessidade deste ato ser colocado ao final do procedimento processual militar, ou seja, na seara de procedimentos especiais, como por exemplo, no processo penal militar, o interrogatório acontece no primeiro momento do procedimento, o que aos olhos de todos traz grandes consequências ao acusado. Ressalta-se que o acusado desse procedimento pode suportar sequelas irreparáveis durante todo seu processo, havendo grandes possibilidades de vir a dificultar o pleno desenvolvimento de sua ampla defesa e o seu plano de autodefesa, pois o acusado nem sabe do que está sendo acusado e vai ser interrogado, não faz sentido. Sendo assim, o acusado interrogado no primeiro ato, entrega toda a sua base de defesa para o Ministério Público, ficando assim, fácil incriminá-lo.

O interrogatório como último ato processual é uma temática nova e recente na área acadêmica do direito, inclusive foi criada em 2008, a Lei 11.719 de 20 de junho, para especificar o procedimento da audiência de instrução e julgamento, que determinou o interrogatório como último ato.

Assim, na área jurídica, o trabalho com a temática é incipiente e, *grosso modo*, limitado ao direito processual penal comum, não sendo ainda explorado no direito processual penal militar.

Palavras-chave: O Interrogatório do Acusado. Direito Processual Penal. Direito Processual Penal Militar. Colocação do Interrogatório com último ato no Processo Penal Militar. Procedimentos Especiais. Audiência de Instrução e Julgamento.

¹ Aluno do curso de graduação em Direito da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte e Soldado do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

O interrogatório é um ato personalíssimo² e meio de defesa do acusado de infração penal, em Denúncia³ ou Queixa-Crime⁴, realizado pelo juiz competente para apuração da infração penal. Segundo Pacelli (2012, p. 371) “a conceituação do interrogatório como meio de defesa, e não de provas (ainda que ostente valor probatório), é riquíssima de consequências”.

É sem dúvida, o ato mais importante do processo penal, pois permite ao juiz um contato com o acusado, e através deste, analisar suas declarações confrontando-as com o contexto probatório, para ao final extrair o seu convencimento.

A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxe diversas modificações no Código de Processo Penal brasileiro, principalmente no que se refere ao momento da realização do interrogatório do acusado, uma vez observado o déficit de ampla defesa que o acusado tinha quando era interrogado no primeiro ato da audiência. Com o advento da nova lei, o interrogatório passou a ser o último ato da audiência de instrução e julgamento, com isso, permitindo ao acusado um exame mais seguro e amplo da sua autodefesa escolhendo uma estratégia que melhor amoldar seus interesses.

Mas, existem alguns procedimentos especiais que não adotaram a referida lei, como por exemplo, a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), o Procedimento de Competência Originária (Lei 8.038/1990) e o Código de Processo Penal Militar, todos, permanecem com o interrogatório do acusado como primeiro ato do processo penal, violando o princípio constitucional que assiste o acusado, ou seja, o princípio da ampla defesa que se divide em dois momentos; a defesa técnica⁵ e autodefesa⁶.

Mediante o exposto, questiona-se: quais são os limites e possibilidades da aplicação do interrogatório no último ato da audiência de instrução e julgamento do processo penal militar, para garantia da ampla defesa? Esta pergunta será respondida no decorrer da pesquisa e nas considerações finais.

² Pois, “só o réu pode ser interrogado. Todavia, sendo público o ato, entende-se que qualquer pessoa pode assistir-lhe” (CAPEZ, 2009, p. 354).

³ A Denúncia é a peça inicial dos processos criminais que envolvam crimes de ação pública.

⁴ A Queixa-Crime é a peça inicial dos processos criminais que envolvam crimes de ação privada.

⁵ A Defesa Técnica é a exigência do defensor legalmente habilitado na OAB para atuar em todos os atos do processo, inclusive no interrogatório conforme o art. 185 do Código de Processo Penal.

⁶ A Auto Defesa é a possibilidade do acusado falar a sua versão dos fatos ou se calar nos momentos oportunos, ocorre sempre no interrogatório, ou seja, no último ato processual.

2. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A atual Constituição Federal assegurou o devido processo legal inspirado, sem dúvida, da Magna Charta Libertatum de 1215 pioneira ao assegurar princípios e direitos fundamentais e inspirar ao longo dos séculos a evolução constitucional do direito. O devido processo legal tem como consequência lógica o contraditório e a ampla defesa, pois sem ambos, o devido processo legal não teria a sua dupla função, ou seja, a função material de proteção à liberdade de locomoção e a função formal de assegurar a paridade de armas.

O devido processo legal tem a sua plenitude assegurada no artigo 5º, LIV, da CRFB/88, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este inciso estabelece regras a serem seguidas tanto no âmbito administrativo ou judicial e inclusive no direito processual penal.

O contraditório e a ampla defesa observados no devido processo legal no artigo 5º, LV, da CRFB/88, destaca que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório tem como objetivo promover ao acusado o direito de se explicar podendo o mesmo exercer ou não, pois o silêncio não acarretará a sua confissão.

A ampla defesa, por sua vez, tem o objetivo de fornecer ao acusado⁷ todos os elementos permitidos em lei, que possa dizer a verdade ou esclarecer o fato dentro da ótica de defesa.

Podemos afirmar que sendo corolários do devido processo legal, tanto o contraditório como a ampla defesa se amoldam nos tratados internacionais que o Brasil é signatário, sendo assim, podemos destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que no inciso X, diz que “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade (grifo nosso), a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. Destaque para a palavra em plena igualdade, pois demonstra, sem dúvida, a ideia de ampla defesa.

Vale a pena ressaltar também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica de 1969) que no seu artigo 8º, inciso 2, faz menção a ampla

⁷ De acordo com o artigo 69 do Código de Processo Penal Militar “Considera-se acusado aquele a quem é imputada a prática de infração penal em denúncia recebida”.

defesa ao dizer que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, **em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas**”(grifo nosso). E também na alínea C, do mesmo artigo, ao estabelecer a “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para **a preparação de sua defesa**” (grifo nosso). Neste ponto, o texto é bem próximo do texto do artigo 5º, LV, da CRFB/ 88, o que nos leva também a ideia de ampla defesa.

Para não restar dúvidas, da importância dos tratados dentro do nosso atual ordenamento jurídico, vale a pena ressaltar que, o parágrafo 2º, do artigo 5º, da CRFB/88, prevê que “os direitos e as garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil”. O parágrafo 3º, do também artigo 5º, da CRFB/88, acrescido pela EC nº 45/04, estabelece que:

Os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Independentemente da forma que os tratados acima foram recepcionados pela nossa Constituição, ambos devem ser vistos com supralegalidade, assim fala Gilmar Mendes (2009, p. 749): “Por conseguinte, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos”. Não resta dúvida da supralegalidade do Pacto de São José da Costa Rica, pois a nossa Suprema Corte assim decidiu.

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que

possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida. (HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396).

Sem dúvida, os tratados sobre Direitos Humanos são revestidos de supralegalidade, por isso, são superiores as demais normas, mas não são superiores a nossa Constituição, conforme menciona Gilmar Mendes (2009, p. 750): “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico”.

Como é sabido, dentro de um escalonamento jurídico a Constituição ocupa, sem dúvida, um posição de destaque, pois estabelece princípios, deveres e os direitos a serem adotados ou criados a partir de sua concepção. A partir da interpretação do art. 59, da CRFB/88, pode-se afirmar que existe hierarquia de normas no nosso ordenamento jurídico e que a Constituição é superior às demais.

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Vários autores já se posicionaram no sentido de reconhecer também, uma hierarquia entre as normas, sendo eles Bobbio (1999, p. 49), adotando a teoria escalonada do ordenamento jurídico dos ensinamentos de Kelsen, dizendo que:

Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental.

Norberto Bobbio nos ensina também que:

Num dado ordenamento jurídico as normas são dispostas de forma escalonada hierarquicamente, de modo que, considerando-se a disposição das normas em uma pirâmide, vamos encontrar em seu ápice a norma suprema, fundamental, da qual todas as outras normas dependem e retiram sua eficácia e validade. Assim, pode-se afirmar que o sistema normativo está colocado em uma certa ordem, onde as normas são classificadas segundo um determinado grau de superioridade, indo-se desde a norma mais inferior até alcançar a norma suprema, ou seja, a norma que dá legitimidade ao comando normativo e da qual todo o ordenamento jurídico depende (BOBBIO, 1999, p. 48).

Assim, de forma semelhante, Ferraz Junior (2001, p. 172) diz:

Quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da *lex superior* (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da *lex posterior* (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou a da *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente).

Podemos observar que os dizeres acima tratam de soluções de antinomias⁸ de normas se utilizando de critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. No caso de um conflito entre uma lei ordinária e a Constituição, não resta dúvida que, a Constituição prevalece sobre as demais normas, por ser superior, segundo o entendimento de Coelho (2009, p. 17), “Como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existe outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição”.

Aplicando o critério cronológico observamos que o Código de Processo Penal Militar conflitante com a Constituição, prevalecia também a Constituição por ser mais recente, pois como é sabido, a Constituição foi promulgada em 1988 e Código Processual Penal Militar em 1969. Sem falar no Pacto São Jose da Costa Rica que foi ratificado pelo Brasil em 1992, sendo também mais recente que o Código de Processo Penal Militar. Cabe ressaltar que este critério se aplica no caso de normas de mesmo nível hierárquico, o que não é o caso.

No tocante a especialidade, sendo a última possível solução e imaginando normas do mesmo nível, prevalecia o Código de Processo Penal Comum sobre o Militar, uma vez que, o mesmo dispõe de forma mais específica sobre o interrogatório, e por ser, mais condizente com a atual Constituição brasileira consagrando o Princípio da Ampla Defesa.

⁸ É uma contradição entre normas de um mesmo ordenamento jurídico, dificultando a sua interpretação e ameaçando a sua segurança jurídica.

Os Doutrinadores mais modernos não utilizam os critérios acima, pois assim Coelho (2009, p. 54 e 55) diz:

Por isso, nesses casos modelares de inconsistência total-total ou de incompatibilidade absoluta entre normas, não se encontram soluções manejando os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, até porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição e, afinal, só “resolvem” mesmo os conflitos aparentes de normas.

Ao contrário das regras ou critérios técnicos, os princípios seriam a solução mais plausível no conflito de normas, assim menciona Coelho (2009, p. 57 e 58):

Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repute igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os standards concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão – optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça.

Cabe ressaltar que princípios são normas e fontes do direito. Assim define Coelho (2009, p. 55):

É que, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como imperativos categóricos, mandatos definitivos nem ordenações de vigência diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam motivos para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido.

Esclarecido a diferença entre regras e princípios, e que, os princípios são mais abrangentes e eficazes na solução de conflitos, faz com que, estes Mandatos de Otimização que são nada mais que princípios, sejam analisados se utilizando a ponderação e a relativização dos mesmos, para se determinar o peso dos princípios em conflito e qual deles deve prevalecer. Este critério não tem o condão de desmerecer este ou aquele princípio ou aquela regra, e sim, determinar o sistema qualitativo dos mesmos.

Sem maiores dificuldades, observa-se o princípio da ampla defesa tanto no CPP de forma mais extensiva quanto no CPPM de forma menos extensiva, utilizando-se a ponderação e a relativização chega-se à diferença qualitativa do CPPM, assim, prevalecendo o CPP, pois

melhor se amolda ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana visto como uma fonte dos princípios.

Seguindo a tese que o Direito Processual Penal Militar é revestido de Princípio da Especialidade, teremos outro conflito de princípios, que a solução está embasada na ponderação e na relativização, ou seja, na ponderação se verifica qual princípio mais se identifica com a questão e na relativização qual o peso que cada princípio exerce sobre o caso, com isso, prevalecendo o Princípio da Ampla Defesa em face do Princípio da Especialidade por ser mais condizente com a ordem constitucional.

3. O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL COMUM E MILITAR

No ano de 2008 houve uma reforma no Código de Processo Penal Comum no que tange ao procedimento adotado na audiência de instrução e julgamento, pois se interrogava o acusado após audição do ofendido, ou seja, num primeiro momento. Com a evolução processual penal dentro de uma visão constitucional, chegou-se a conclusão que esse procedimento de audição do acusado se diferenciava da ótica constitucional por não proporcionar ao acusado a oportunidade de defesa, seja ela, a defesa técnica ou a autodefesa, isto é, sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, a nova redação do artigo 400 do Código Processual Penal, dada pela Lei 11.719/08 que modificou o procedimento, estabelece que:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Com isso, ficou estabelecido o novo procedimento a ser seguido em audiência de instrução e julgamento, sendo o acusado interrogado por último. Como Pacelli bem colocou:

A lei 11.719, de 20 de junho de 2008, trouxe importantíssimas modificações nos procedimentos do processo penal, alterando também o interrogatório, ajustando a legislação, aliás, a um modelo processual de feição prioritariamente acusatória (não inquisitiva). É dizer: agora, o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e não mais o primeiro do processo penal (PACELLI, 2009, p. 365).

No que tange ao procedimento de inquérito policial, a audiência do acusado ainda permanece após a do ofendido, isto é, como primeiro ato, uma vez que, a Lei 11.719/2008 não alterou o inquérito por se tratar de um procedimento administrativo e persecutório com a finalidade apenas probatória, ou seja, de colher provas e apurar fatos conforme estabelecido no Código Processo Penal Comum:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura (grifo nosso);

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Já consolidada a natureza do inquérito, sabe-se, que o seu conjunto probatório tem valor apenas informativo, pois é clara a sua deficiência em assegurar o contraditório e a ampla defesa. Com isso, inúmeros julgados reforçam a sua natureza informativa, e até mesmo, a sua dispensabilidade conforme estabelece o texto do artigo 39, parágrafo 5, do Código Processual Penal, dizendo que:

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

Assim, esclarece Capez (2009, p. 76), o valor probatório do inquérito conforme jurisprudência citada, “INQUÉRITO VALOR PROBATÓRIO (STF): Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial pois se viola o princípio constitucional do contraditório” (RTJ59/786).

O momento do interrogatório na fase de inquérito sendo ele como primeiro ato, não proporciona grandes perdas como na fase processual, assim a jurisprudência citada por Capez (2009, p.77) diz:

INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADES: A jurisprudência dos Tribunais Superiores já assentou o entendimento no sentido de que, enquanto peça meramente informativa, eventuais nulidades que estejam a gravar o inquérito policial em nada repercutem no processo do réu, momento no qual, afirme-se, será renovado todo o conjunto da prova (STJ, 6ª T., RHC 11.600/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j.13-11-2001, DJ, 1º set. 2003).

O inquérito sendo um procedimento pré-processual e não tendo a obrigação de aplicar o contraditório e a ampla defesa devido a sua característica inquisitiva, nos dias de hoje já desperta preocupação, pois sabemos que alguma perda sempre ocorrerá, uma vez que, o conjunto de provas mesmo que revisado, servirá como elemento de convicção do juiz, pois o inquérito sempre fará parte dos autos. Como bem colocou Feitoza (2010, p.183), “Alguns atos, contudo, são propriamente provas no futuro processo penal, como é o caso das perícias. Assim, seria conveniente que houvesse algum contraditório especificamente quanto a tais atos”. Por isso, algumas reparações tímidas vêm sendo feitas para minimizar os eventuais erros no procedimento de inquérito, pela não observância do contraditório e da ampla defesa, como por exemplo, a Súmula Vinculante nº 14, do STF, que diz:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A natureza do inquérito, na sua essência, sempre será administrativo persecutório, pois eventuais correções, segundo a corrente majoritária e o próprio texto do Código⁹, poderão ser feitas na ação penal. Por isso, se tem a preocupação de estabelecer ou ampliar o novo procedimento de interrogatório aos procedimentos especiais, uma vez que, eventuais erros na ação penal e principalmente na audiência de instrução e julgamento são irreparáveis, pois não haverá uma segunda oportunidade para corrigi-los, com isso, prejudicando o acusado.

Ao contrário do inquérito, a fase processual penal comum apresenta procedimentos a serem seguidos de forma rígida, pois qualquer inversão de fase poderá gerar uma nulidade seja relativa¹⁰ ou absoluta¹¹. Em qualquer das situações de nulidades, ou seja, relativa ou absoluta, ambas devem ser alegadas pelas partes, mas a nulidade relativa deve ser alegada no momento oportuno, pois está sujeita a preclusão. Já a nulidade absoluta pode ser alegada em qualquer momento do processo e reconhecida ex officio pelo juiz, pois não está sujeita a preclusão. Há apenas uma exceção que “é a Súmula nº 160 do STF, que proíbe o Tribunal de reconhecer ex officio nulidades, absolutas ou relativas, em prejuízo do réu” (CAPEZ, 2009, p. 626). Assim, o próprio texto da Súmula nº 160, do STF, diz que:

É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício. Contudo, o contrário pode acontecer, ou seja, em recurso exclusivo da acusação, pode o tribunal conhecer nulidade que beneficie o réu (FEITOZA, 2010, p. 1072).

A outra grande proteção do instituto das nulidades está no Código de Processo Penal no art. 565, dizendo que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”. Com isso, evitando que umas das partes haja de má fé ou atrapalhe o curso normal do processo.

Deve-se observar também a Súmula nº 523, do STF, que diz: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova

⁹ 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”.

¹⁰ Nulidade Relativa é aquela que “viola exigência estabelecida pelo ordenamento legal (infraconstitucional), estabelecida no interesse predominante das partes” (CAPEZ, 2009, p. 625), e estão sujeitas a preclusão.

¹¹ Nulidade Absoluta é aquela que “a formalidade violada não está estabelecida simplesmente em lei, havendo ofensa direta ao Texto Constitucional, mais precisamente aos princípios constitucionais do devido processo legal (ampla defesa, contraditório, publicidade...)” (CAPEZ, 2009, p. 625), e não preclui.

de prejuízo para o réu”. Esta Súmula demonstra que, seja a nulidade relativa ou absoluta, ambas devem se adequar ao disposto e demonstrar a violação a lei ou a princípio constitucional, o que não é difícil em se tratando da nova sistemática de interrogatório.

Sem dúvida, na atual sistemática do processo penal comum, com o advento da Lei 11.719/2008, qualquer inversão do ato de interrogatório ou a sua não realização terá como consequência a sua nulidade absoluta, pois violará os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como disse Pacelli (2009, p.751), “Configuram, portanto, vícios passíveis de nulidades absolutas as violações aos princípios fundamentais do processo penal, tais como o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa...”. Seguindo ainda os dizeres de Pacelli (2009, p.751), “E não só quando se tem violação a princípios expressamente acolhidos na Constituição é que se poderá falar em nulidade absoluta”. Mas, o Supremo Tribunal Federal não entendeu a ausência de interrogatório como nulidade absoluta conforme jurisprudência citada por Pacelli (2012, p. 372):

Em recente decisão, todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ausência de interrogatório seria causa de nulidade relativa, sujeita, portanto, à preclusão (STF – HC nº 82.933-3/SP, Min. Ellen Gracie, em 27.32003), reportando-se a outro acórdão daquela Corte, julgado no longínquo ano de 1991 (STF – HC nº 68.490/DF, Rel. Min. Celso Mello).

No referido acórdão tratava-se de réu revel, que citado por edital para o interrogatório não compareceu, e vindo a comparecer depois de dada a sentença. Nesse caso, me parece razoável a nulidade ser relativa, pois o acusado não estava sendo encontrado.

Cabe ressaltar, também, que na época do fato não havia o novo procedimento do artigo 366, do CPP, que diz:

Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Mas, em outros casos, como por exemplo, o direito a ser intimado¹², o direito a ser interrogado na presença de um defensor, o não oferecimento do interrogatório, a ausência de interrogatório, a intervenção ou prejuízo na defesa¹³, ou qualquer mudança no procedimento do ato do interrogatório, sem dúvida, é caso de nulidade absoluta. Assim, Também esclarece Capez (2009, p. 357) que diz:

Há duas posições: os que são pela nulidade relativa e os que defendem a nulidade absoluta. Prevalece a tese de que a ausência de interrogatório no curso da ação constitui nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido, uma vez que violado preceito de ordem constitucional, qual seja, o princípio da ampla defesa.

No tocante ao interrogatório dos procedimentos especiais a nulidade segundo Feitoza (2010, p.774):

Por fim, no procedimento de crimes de drogas, não vemos problema em realizar o interrogatório apenas no fim da instrução, tendo em vista tratar-se de uma audiência única de instrução (grifo nosso). Todavia, a supressão do interrogatório anterior, transferindo-o para o término da instrução criminal, acarretará nulidade relativa, no caso do procedimento ordinário do processo penal militar e do procedimento de competência originária, pois tais procedimentos foram estruturados de uma maneira em que o momento do interrogatório é relevante para diversos atos, como apresentação de defesa prévia e propositura de exceções.

Outros doutrinadores também reconhecem a possibilidade do interrogatório do acusado ser o último ato nos procedimentos especiais, como vimos acima nos dizeres de Feitoza referente à Lei de Drogas 11.343/2006, como é o caso do Pacelli (2012, p. 371), reconhecendo também que:

Naturalmente, em se tratando da modificação da posição do interrogatório na fase de instrução, ou seja, como último ato a ser realizado, nada impede a aplicação da regra prevista no atual CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008, por analogia, também ao rito da Lei de Tóxicos, de modo a se realizar o aludido ato processual (do interrogatório) após a inquirição das testemunhas, diferentemente do que dispõe a citada legislação especial (de Tóxicos). Mas, note-se, somente a analogia justificaria a medida, diante dos termos expressos da atual redação do art. 394, CPP.

¹² Art. 564, inciso III, alínea “e”, do CPP, fala que ocorrerá nulidade caso não ocorra “a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa”.

¹³ Art. 563, do CPP, “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

O grande avanço ocorreu no Procedimento Especial de Competência Originária dos Tribunais (Lei 8.038/1990), no julgamento do Agravo Regimental AP 528 do Ministro Ricardo Lewandowski, que julgou improcedente o referido recurso da Procuradoria Geral da República e reconheceu a aplicabilidade da nova sistemática do Processo Penal Comum no Procedimento Especial, por ser mais benéfico ao acusado. Diante do exposto transcrevo a ementa do julgado:

E MENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

(AP 528 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 348-354 RJSP v. 59, n. 404, 2011, p. 199-206).

O Ministro Lewandowski, no julgado acima, faz algumas considerações em sua fundamentação, nas quais, merecem transcrição:

Nessa linha, parece-me relevante constatar que, se a nova redação do art. 400 do CPP possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no art. 7º da Lei 8.038/90, em homenagem aos princípios constitucionais aplicáveis à espécie.

Ora, possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo, mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório.

Infelizmente, no caso do Procedimento Especial do Processo Penal Militar não tivemos grandes avanços ainda, mas em algumas situações o Processo Penal Militar é muito semelhante ao Processo Penal Comum, como por exemplo, no inquérito policial. Assim, Lobão (2010, p. 49) diz:

O inquérito policial militar é a atividade investigatória da polícia judiciária militar, com a finalidade de apurar a infração penal militar e indicar seu possível autor, realizando a primeira fase da persecutio criminis, que prossegue com a propositura da ação penal militar pelo MP.

Podemos observar que o Código de Processo Penal Militar também conceitua o inquérito policial militar no seu artigo 9º, dizendo que:

O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.

Parágrafo único. São, porém, efetivamente instrutórios da ação penal os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código.

O inquérito policial militar sendo meramente informativo, também terá o seu conjunto probatório renovado na ação penal. Assim, Lobão menciona (2010, p. 50):

Apesar do caráter informativo do inquérito, e embora não se trate de instrução criminal, os exames, perícias, avaliações realizadas durante a investigação, com observância das formalidades previstas no CPPM, têm o caráter instrutório, o que não impede sua renovação durante a instrução, por decisão do Juiz ou do Conselho, de ofício, ou a requerimento das partes (art. 9º, p. ún., do CPPM).

O inquérito policial militar também poderá ser dispensado pelo Ministério Público, sendo oferecida a denúncia, conforme dispõe o artigo do Código de Processo Penal Militar:

Art. 28. O inquérito poderá ser dispensado, sem prejuízo de diligência requisitada pelo Ministério Público:

- a) quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais;
- b) nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado;
- c) nos crimes previstos nos arts. 341 e 349 do Código Penal Militar.

O inquérito policial militar também se assemelha ao procedimento do inquérito policial comum, sendo o interrogatório do acusado o primeiro ato.

Art. 12. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal militar, verificável na ocasião, a autoridade a que se refere o § 2º do art. 10 deverá, se possível:

- a) dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e a situação das coisas, enquanto necessário;
- b) apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com o fato;
- c) efetuar a prisão do infrator, observado o disposto no art. 244;
- d) colhêr tôdas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Art. 13. O encarregado do inquérito deverá, para a formação dêste:

- a) tomar as medidas previstas no art. 12, se ainda não o tiverem sido;
- b) ouvir o ofendido;
- c) ouvir o indiciado (grifo nosso);
- d) ouvir testemunhas;
- e) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas, e acareações;
- f) determinar, se fôr o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outros exames e perícias;
- g) determinar a avaliação e identificação da coisa subtraída, desviada, destruída ou danificada, ou da qual houve indébita apropriação;
- h) proceder a buscas e apreensões, nos termos dos arts. 172 a 184 e 185 a 189;
- i) tomar as medidas necessárias destinadas à proteção de testemunhas, peritos ou do ofendido, quando coactos ou ameaçados de coação que lhes tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames.

Ambos os inquéritos são inquisitivos, mas apenas instrumentos informativos, conforme os dizeres de Loureiro Neto (2010, p. 3), “infere-se daí que a prova colhida naquela fase, apesar de grande valor probatório, como os exames de corpo de delito, é insuficiente como elemento idôneo de convicção na busca da verdade real” e também estabelecido no Código Militar¹⁴, que vão proporcionar subsídios probatórios para uma eventual denúncia. Neste caso, as provas colhidas na investigação serão renovadas e comparadas em juízo.

Mesmo sendo um procedimento informativo, vejo também o inquérito policial militar prejudicial ao acusado, pois sabe-se que o mesmo fará parte dos autos e conseqüentemente influenciará a convicção do juiz. Devido essa influência, o inquérito policial militar também assegura ao acusado alguns direitos do inquérito policial comum, como por exemplo, a comunicabilidade do acusado com seu advogado e familiares superando os dizeres do artigo 17 do CPPM¹⁵ e do artigo 21 do CPP¹⁶, pois os mesmos não foram

¹⁴ Art. 297, do CPPM, “O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância”.

¹⁵ Art. 17, do CPPM, “O encarregado do inquérito poderá manter incomunicável o indiciado, que estiver legalmente prêso, por três dias no máximo”.

¹⁶ Art. 21, do CPP, “A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963)”.

recepcionados pela atual Constituição Federal¹⁷. Mas, o artigo 16 do CPPM mencionando que “o inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dêle tome conhecimento o advogado do indiciado” e a aplicação da Súmula Vinculante nº 14, do STF, encontramos divergências nas jurisprudências, pois Lobão (2010, p. 62 e 63) assim menciona: “Decidiu o STF favoravelmente ao acesso irrestrito do advogado ao inquérito (HC 82.354, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julg. 10.08.2004)”. O outro julgado diz: “Em outra oportunidade, ao rejeitar o agravo regimental de indiciado, ratificando decisão do STJ, o STF admitiu o sigilo do inquérito em relação ao advogado do indiciado (RE-AgR 376.749, 1ª T., rel. Min. Carlos Britto, julg. 30.06.2004)”. Diante da discordância, o posicionamento da doutrina é em relação à participação restrita do advogado no inquérito:

A garantia deferida ao indiciado expressa no art. 5º, LXIII, da CF consiste em receber a assistência do advogado, isto é, com ele entrevistar-se e por ele assistido durante o depoimento no inquérito. O acesso aos autos importa em conceder ao advogado o direito de partilhar da investigação, nela interferir, podendo inviabilizar a apuração dos crimes de difícil elucidação, ou cometido por criminoso de elevada periculosidade (LOBÃO, 2010, p. 63).

Percebe-se que nesse ponto há outro fator a ser superado pela doutrina, pois o melhor entendimento para discussão seria a aplicação da decisão mais recente, ou seja, aquela que permite o acesso do advogado no inquérito.

Antes de iniciarmos o sistema processual penal militar, cabe ressaltar que diferente do processo penal comum que divide seus ritos em ordinário, sumário e sumaríssimo de acordo com a gravidade do crime e com a cominação da pena que cada crime tem, os crimes militares serão todos processados no rito ordinário exceto os crimes de deserção e outros, que serão processados no rito especial. Assim, esclarece Loureiro Neto (2010, p. 133) que “No Código de Processo Penal Militar existem dois ritos processuais: ordinário e especial”.

Após o oferecimento da denúncia, a Ação Penal Militar também se aproxima muito da Comum, pois todos os acusados serão processados e julgados assistidos por defensor, mesmo que ausentes ou foragidos. Existe no Código Processual Penal Militar a figura do curador para os acusados menores de 21 anos, assim determina o art. 306, § 1º, “Se o acusado declarar que não tem defensor, o juiz dar-lhe-á um, para assistir ao interrogatório. Se menor de vinte e um anos, nomear-lhe-á curador, que poderá ser o próprio defensor” (grifo nosso), sendo também considerado nulidade conforme estabelece o art. 500, que diz: “A nulidade

¹⁷ Art. 136, § 3º, inciso IV, da CRFB/88, “É vedada a incomunicabilidade do preso”.

ocorrerá nos seguintes casos: III — por preterição das fórmulas ou termos seguintes: f) a nomeação de defensor ao réu presente que não o tiver, ou de curador ao ausente e ao menor de dezoito anos”.

No Código de Processo Penal Comum também existe curador para os menores de 21 anos, já inserido no rol das nulidades do art. 564, dizendo que “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos”.

Em ambos os casos, a nulidade será regulada pela Súmula nº 352, do STF, que diz: “não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo”.

Na grande parte, vários atos ou artigos do CPPM não foram recepcionados pela nossa atual Constituição ou foram complementados pelo CPP, como por exemplo, o artigo 305, do CPPM, que diz: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa” (grifo nosso). Também o artigo art. 308, do CPPM, dizendo que “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” (grifo nosso).

Nestes casos, ambos os artigos não foram recepcionados pela Constituição, pois o artigo 5º, LXIII, da CRFB/88, garante ao réu o direito de “permanecer calado” e o artigo 186, do CPP, já em conformidade com a atual Constituição garante:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O Processo Penal Militar também não prevê a possibilidade da ação penal privada subsidiária da pública, o que já foi superado de acordo com Lobão (2010, p. 76):

A norma constitucional de conteúdo processual penal (art. 5º, LIX, da CF) estatui que “será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Trata-se, portanto, de ação penal privada subsidiária da ação penal pública, proposta mediante queixa. Como afirmamos retro, a lei processual penal militar ainda não se ajustou à norma constitucional, logo, aplica-se,

supletivamente, o disposto no CPP, relativo à ação penal privada subsidiária (art.29 do CPP, c/c o art. 3º, a, do CPPM).

No que diz respeito ao interrogatório, a ação penal Militar ainda estabelece que o acusado seja interrogado no primeiro ato, conforme estabelece o artigo 302 do Código de Processo Penal Militar:

Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou prêso, antes de ouvidas as testemunhas.
Parágrafo único. A qualificação e o interrogatório do acusado que se apresentar ou fôr prêso no curso do processo, serão feitos logo que ele comparecer perante o juiz.

Como é sabido, a melhor tese é, sem dúvida, de que o interrogatório constitui meio de defesa do acusado, mas em se tratando do Processo Penal Militar, o interrogatório ainda constitui meio de prova. Conforme assim estabelece Lobão (2010, p. 357):

Divergem os autores quanto à natureza do interrogatório, se constitui ou não, meio de prova. Segundo Greco Filho, o “entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ele ato de defesa” (Manual, pág. 226).
Em face do CPPM, o interrogatório constitui meio de prova, pois está incluído no Título XV do Livro I (arts. 294 e 383), que trata dos atos probatórios. Parece-nos que essa é a melhor orientação (grifo nosso). O interrogatório constitui prova produzida pelo acusado em seu favor, embora não se possa excluir a hipótese de resultar prejuízo à defesa (grifo nosso).

Outro doutrinador o reconhece como misto, isto é, tanto meio de prova como meio de defesa, como é o caso do Loureiro Neto (2010, p. 32) dizendo que “Constitui um ato bivalente, pois é ao mesmo tempo meio de prova e meio de defesa”.

Conseguimos perceber a dificuldade da doutrina militar em reconhecer o interrogatório como meio de defesa, o que seria diferente caso o acusado fosse interrogado no último ato.

No que diz respeito às nulidades no Processo Penal Militar, ambas tem o mesmo conceito e são adotadas da mesma forma que no Processo Penal Comum, tanto a nulidade relativa quanto a absoluta. No tocante ao interrogatório, qualquer inobservância de princípios fundamentais também é considerada nulidade absoluta. Assim define Lobão (2010, p. 551):

Haverá, ainda, nulidade absoluta na preterição das fórmulas ou termos seguintes: denúncia; exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos crimes que deixam vestígio; citação; interrogatório, interrogatório sem a assistência de defensor; prazos concedidos à acusação e à defesa; intervenção do MP em todos os termos da ação penal; designação de defensor ao réu presente que não o tiver ou ao ausente; nomeação de curador ao menor de 18 anos; intimação das testemunhas arroladas na denúncia que, por não terem sido intimadas, deixaram de ser inquiridas; sorteio e compromisso dos Juizes Militares; acusação e defesa nos termos estabelecidos no CPPM; notificação do réu ou do defensor para a sessão de julgamento; intimação das partes, para ciência da sentença condenatória, ou de decisão da qual caiba recurso; omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo (art. 500, I a IV, do CPPM).

Continuando a discutir a questão do interrogatório, vários foram os recursos impetrados no Superior Tribunal Militar para discutir a aplicabilidade da Lei 11.719/2008 que instituiu o interrogatório como último ato na justiça castrense, mas foram indeferidos e o interrogatório no primeiro ato não foi considerado uma nulidade absoluta e nem relativa.

Assim estabelece a jurisprudência:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO REALIZADO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA (ART. 302 DO CPPM). PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE, DESENTRANHAMENTO E REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO, EM OBSERVÂNCIA AO ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. I - A alteração do art. 400 do CPP pela Lei nº 11.719/2008, que inaugurou a inversão do interrogatório em relação aos demais atos probatórios, foi concebida tão somente para conferir celeridade nos procedimentos penais no âmbito da Justiça penal comum, não se aplicando subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar. II - O disposto no art. 8º, 2, alíneas "d" e "g", do Pacto de São José da Costa Rica não revogou a disposição legal contida no art. 302 do CPPM, uma vez que esse artigo permanece dotado de plena eficácia e não viola o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa do Paciente. Portanto, a realização do interrogatório do Paciente, na forma preconizada pelo citado dispositivo legal, não configura constrangimento ilegal por parte do Juízo a quo, uma vez que o referido ato processual deu-se em observância ao princípio da legalidade estrita. Ordem de Habeas Corpus denegada. Decisão unânime. (HC- nº 0000053-08.2011.7.00.0000, Relator(a): Min. José Coêlho Ferreira, julgado em 23/05/2011 e publicado em 29/06/2011).

No mesmo sentido foi decidido outro julgado do Superior Tribunal Militar:

EMENTA: Habeas Corpus. Interrogatório. Lei nº 11.719/2008. Inaplicabilidade. Pedido de ordem com vista a aplicação das alterações trazidas pela Lei nº 11.719/2008 do Código de Processo Penal (art. 400), que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal. O Diploma Processual Penal Castrense não é omissivo na questão sob exame, possuindo regra própria e diferenciada para regular a matéria, conforme estatuído no art. 302 do CPPM. Conhecido o writ e denegada a ordem por falta de amparo legal. Decisão unânime.

(HC- nº 0000060-97.2011.7.00.0000, Relator(a): Min. Francisco José da Silva Fernandes, julgado em 23/05/2011 e publicado em 25/07/2011).

As decisões acima demonstram a sistemática do Processo Penal Militar em não admitir a aplicação das alterações do Processo Penal Comum, sempre com o argumento de que a justiça militar é uma justiça castrense, e por isso, deve ser tratada como Lei especial, ou seja, aplicando apenas o Código Processual Penal Militar. Cabe ressaltar que neste caso, não está em discussão a justiça militar como procedimento especializado, e sim, a aplicação da lei mais benéfica para o acusado, uma vez que, o conceito de acusado não faz referência ao fato do mesmo ser militar, e a nossa atual Constituição não faz nenhuma menção a acusado, apenas estabelece que todos devem ser tratados em pé de igualdade “perante a lei” e “sem distinção de qualquer natureza”¹⁸.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas considerações finais se reafirma as soluções já apresentadas acima e acrescentam-se outras importantes, no qual, passa-se a expor.

Na atual sistemática do Estado Democrático de Direito, o Estado se compromete a zelar pela situação de vulnerabilidade do indivíduo através de leis que defendem as garantias fundamentais, por isso, garantir o Princípio da Ampla Defesa no interrogatório da justiça militar é de suma importância. Continuar interrogando o acusado, sem o mesmo saber do que está sendo acusado é suprimir um dos pilares do devido processo legal, e conseqüentemente, outros princípios consagrados na Constituição como o Princípio da Presunção de Inocência e o da Dignidade da Pessoa Humana.

A atual Constituição deve prevalecer, pois tem como foco a proteção do Princípio da Ampla Defesa que sustenta a base existencial de outros princípios, sendo por isso, inquestionável é a sua supremacia em relação aos procedimentos especiais. Além da Constituição prevalece também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica de 1969), uma vez reconhecida a sua supralegalidade. Lembramos que a supralegalidade coloca o Pacto de São José da Costa Rica em posição superior as demais leis e o insere nos fundamentos da Constituição.

¹⁸ Art. 5º, “caput” da CRFB/88, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”:

Não faz sentido, o fato do Pacto de São José da Costa Rica de 1969 não ser recepcionado pelo processo penal militar, uma vez que, o art. 1º, parágrafo 1º, do próprio CPPM, diz que “Nos casos concretos, se houver divergência entre essas normas e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas”. Observa-se que prevalece o tratado diz o Código.

Mesmo aplicando a Constituição e/ou o Tratado, cabe ressaltar a possibilidade da aplicação da Lei 11.719/2008 no Código de Processo Penal Militar através da analogia, ou seja, buscando no Código Processual Penal Comum a solução do interrogatório da instrução criminal militar. Assim estabelece o art. 3º, do CPPM, que diz: “Os casos omissos neste Código serão supridos: d) pelos princípios gerais de Direito; e) pela analogia”. Antes de aplicada a analogia o próprio texto da lei estabelece a aplicação dos princípios, isto é, reconhecendo a importância dos Princípios Gerais do Direito e principalmente o da Ampla Defesa, pois além de um Princípio Geral é sem dúvida Fundamental (art. 5º, LV, da CF). Outro fundamento que autoriza a aplicação do art. 3º, do CPPM, é o art. 2º, parágrafo 1º, do mesmo CPPM, que menciona: “Admitir-se-á a interpretação extensiva ou a interpretação restritiva, quando fôr manifesto, no primeiro caso, que a expressão da lei é mais estrita e, no segundo, que é mais ampla, do que sua intenção”. Este artigo admite a interpretação usando os princípios, a analogia e a própria interpretação de forma extensiva, quando o CPPM for visivelmente mais restrito, como é o caso. Também se admite que o CPPM se utilize da interpretação restritiva, quando a Lei for mais ampla que a sua intenção, o que parece acontecer, pois a não aplicação do interrogatório como último ato, deixa clara a sua intenção de violar o Princípio da Ampla Defesa.

Conclui-se que o próprio Código de Processo Penal Militar admite a aplicação do interrogatório como último ato, conforme estabelece o Código de Processo Penal Comum, cabe ao Superior Tribunal Militar assim interpretar e decidir. Mas, sendo o posicionamento do STM contrário, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir fazendo prevalecer o Princípio da Ampla Defesa, até que a devida modificação do CPPM seja feita pelo legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2012.

BRASIL. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. Dispõe sobre o interrogatório do acusado e altera o art. 400 do Decreto -Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, 20 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2011.

BRASIL. Presidência da República, legislação. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao> >. Acesso em: 20 de março de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Disponível em: <http://www.stm.jus.br/> >. Acesso em: 11 de maio de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/> >. Acesso em: 19 de abril de 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 7ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Processo Penal Militar*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos / Elaboração Helenice Rêgo dos Santos Cunha. Belo Horizonte: PUC Minas, ago. 2010. Disponível em: < http://www.pucminas.br/documentos/normalizacao_artigos.pdf >. Acesso em: 15 mai. 2011.