

O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL MILITAR DEVE SE DAR AO FINAL DA INSTRUÇÃO

João Roberto de Toledo

Defensor Público Federal, lotado em Juiz de Fora-MG – Pós-Graduado em Direito Público

SUMÁRIO: Introdução. 1. O interrogatório no processo penal comum. 2. A Constituição Federal e o Direito Internacional aplicável à espécie. 3. O Código de Processo Penal Militar. 4. Possibilidade de adaptação da nova sistemática ao processo penal militar. 5. Conclusão. Bibliografia

INTRODUÇÃO

Lá pelos idos de 1994, quando ainda era um estagiário de direito, este articulista observava freqüentemente uma prática processual pouco republicana, apesar de endossada pela jurisprudência de então, qual seja, existindo acusado pobre, sem advogado constituído, o juiz criminal interrogava o acusado, nomeando, ato contínuo, um advogado dativo para patrocinar sua defesa nos autos.

Naquela época o código de processo penal situava o interrogatório do acusado logo no início do processo. O acusado era citado para comparecer à assentada onde seria interrogado, contando-se desta data o prazo para oferecimento do que se chamava à época defesa prévia.¹

Era evidente o prejuízo para a defesa desse acusado, que era interrogado pelo juiz criminal, ficando à mercê do acusador estatal, agente qualificado e que sabia perfeitamente extrair do interrogatório tudo quanto lhe interessasse para garantir o sucesso da acusação por ele próprio encetada contra o acusado.

Um primeiro passo para tornar nosso processo penal mais conforme aos ditames do verdadeiro Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição Federal de 1988 veio com a alteração do art. 185 do CPP pela lei 10.792/03.

O referido dispositivo legal passou a exigir que o acusado, comparecendo perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal,

¹ Após as alterações promovidas pela lei 11.719/08, a expressão “resposta à acusação” parece-me a terminologia mais consentânea ao ordenamento processual penal, ressalvadas as hipóteses de verdadeira “defesa preliminar” previstas no art. 514 do CPP (crimes praticados por funcionários públicos), art. 4º da lei 8.038/90 (sobre os processos nos tribunais) e 55 da Lei 11.343/06 (drogas ilícitas), lembrando quanto à última hipótese que embora a lei fale em defesa prévia, trata-se de verdadeira defesa preliminar, visto que o juízo acerca do recebimento, ou não, da denúncia lhe é posterior e essa é a marca característica da verdadeira defesa preliminar, o que a diferencia da antiga defesa prévia e da atual resposta à acusação do art. 396-A do CPP.

será qualificado e interrogado **na presença de seu defensor, constituído ou nomeado**.

Percebe-se um ganho em termos de garantias processuais, visto que o acusado passou a contar com a presença de seu defensor, constituído, ou nomeado, na audiência de interrogatório, ato processual de fundamental importância vez que constitui o primeiro ato de defesa do acusado; autodefesa, onde ele pode expor ao juiz a sua versão sobre os fatos que lhe são imputados.

Sem dúvida, a presença do defensor, público ou privado, constituído ou nomeado, assegura o equilíbrio entre acusação e defesa que deve presidir o processo penal moderno, onde o acusado deixa de ser mero objeto e passa a ser sujeito de direitos na relação processual estabelecida.²

Alvissareira a redação conferida ao § 5º, do art. 185, do CPP, garantindo ao acusado o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor.

Nada mais natural que o acusado, via de regra leigo em matéria jurídica, possa ser previamente orientado por profissional do direito sobre a forma mais conveniente de conduzir a sua defesa no processo penal, posto que no pólo ativo da ação se encontra, na maioria esmagadora dos casos, um acusador público, qualificado e determinado a perseguir a condenação do imputado ao final do procedimento.

É a garantia da “paridade de armas”.

1. O INTERROGATÓRIO NO PROCESSO PENAL COMUM

A lei 11.719/08, dentre outras inovações, trasladou o interrogatório do início do processo para o final do mesmo, após ouvidos o ofendido, as testemunhas de acusação e de defesa e o perito, quando for o caso.

O processo penal brasileiro foi revitalizado para se aproximar do modelo constitucional vigente, sobretudo da cláusula da Ampla Defesa, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Está fora de questão que sendo interrogado ao final do procedimento, após tomar conhecimento da imputação que lhe é dirigida e das provas produzidas, tanto pela acusação quanto pela defesa, o acusado, orientado pela defesa técnica, representada pelo defensor constituído ou nomeado, terá melhores condições de exercer sua autodefesa perante o acusador público ou privado e o magistrado que vai julgar a sua causa.

Existe o argumento, *data venia*, míope, no sentido de que o acusado ouvido ao final do processo e assistido por advogado estará mais apto a mentir e inventar a versão dos fatos que lhe seja mais cômoda.

² “Inicialmente, aduziu-se que, em face do advento da Lei 10.792/2003, o **interrogatório** passou a constituir um ato de **defesa**, além de se qualificar como meio de prova. Assim, salientando essa nova diretriz legislativa, asseverou-se que a falta do defensor ao ato de **interrogatório** do acusado pode representar situação de grave desrespeito ao seu direito de **defesa**, de modo a ensejar eventual nulidade do procedimento penal.” (RHC 89892/PR, rel. Min. Celso de Mello, 6.3.2007)

Ora, o ônus de provar os fatos narrados na peça acusatória cabe exclusivamente à acusação.³

Imaginemos, por hipótese, que o acusado num processo penal, diante da acusação apresentada em juízo, limite-se a permanecer calado como lhe assegura a Constituição Federal (art. 5º, inciso LXIII). Evidentemente, apesar do silêncio do acusado não se presume materialidade do fato, autoria, ou culpabilidade. A lógica do “**quem cala consente**” constante do **art. 111 do Código Civil** não funciona em matéria processual penal, sendo de aplicabilidade limitada inclusive na esfera cível, visto que depende da lei não exigir declaração expressa de vontade, dos costumes locais e das circunstâncias do caso.⁴

E qual a diferença, em termos de garantias, entre quando o acusado prefere silenciar e quando prefere declarar sua versão dos fatos ao juiz criminal no interrogatório?

Diferença nenhuma. Em ambas as hipóteses, silenciando ou declarando sua versão dos fatos, o acusado tem garantias processuais, dentre as quais a concentração da carga probatória sobre a acusação quanto aos fatos narrados na peça inaugural da ação penal.

Não se desincumbindo o acusador de provar os fatos narrados na peça acusatória impõe-se a absolvição do acusado. Observa-se que esta é a baliza normativa indicada pelos incisos I, II, IV, V e VII do art. 386 do CPP⁵,

³ **“AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.** - Nenhuma acusação penal se presume provada. **Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência** (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão **da acusação** descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (‘essentialia delicti’) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegítimamente, ao réu, o **ônus** (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.” (HC 84.580/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

⁴ “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

⁵ “Art. 386. **O juiz absolverá o réu**, mencionando a causa na parte dispositiva, **desde que reconheça:**

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”

repetido, observadas as devidas proporções, no art. 439, alíneas **a**, **c** e **e**, do Código de Processo Penal Militar -CPPM.⁶

Além disso, é de se admitir que o juiz da causa tenha, até por ser pressuposto para sua aprovação em concurso público e investidura no cargo, o mínimo de bom senso e de discernimento, de forma que se o acusado no seu interrogatório inventar alguma “fábula” sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa-crime, o julgador, obviamente, avaliará as informações prestadas pelo acusado em conjunto com as provas produzidas durante a instrução processual.

Inclusive o sistema adotado no ordenamento processual penal pátrio é o da livre convicção motivada, onde o juiz goza de uma liberdade regrada ao motivar sua decisão, estando limitado pelas **provas lícitas** constantes dos autos.⁷

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO INTERNACIONAL

A Constituição Federal, como dito alhures, garante no art. 5º, inciso LV, a ampla defesa a todos os acusados no processo penal.

Fora de dúvida, para que a defesa seja a mais ampla possível o acusado deve poder se entrevistar com defensor de sua escolha⁸ antes do interrogatório com o juiz da causa criminal.

E mais, que o interrogatório se dê após o **conhecimento pelo acusado e por sua defesa técnica** da imputação que lhe é dirigida, bem como

⁶ “Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:

- a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência;
- b) não constituir o fato infração penal;
- c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;
- d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);
- e) não existir prova suficiente para a condenação;
- f) estar extinta a punibilidade.”

⁷ A Constituição Federal, nos seus arts. 5º, LVI e 93, IX, exige a fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, mas veda que nessa fundamentação se utilizem provas ilícitas, obtidas por meios ilícitos, ou delas derivadas.

⁸ “Segundo o relator do HC, **ministro Celso de Mello, o réu tem o direito de escolher o seu próprio advogado**. Por isso, quando o advogado constituído não assume ou não prossegue no patrocínio da causa, cabe ao juiz ordenar a intimação do réu para que, querendo, escolha outro advogado. Antes dessa intimação ou enquanto não expirar o seu prazo, não é lícito magistrado nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu.”Em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão (e, com maior razão, em matéria de privação da liberdade individual), o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado constitucional da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público – de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais – exige a fiel observância da garantia básica do devido processo legal”, afirmou o relator. Celso de Mello invalidou o procedimento penal desde o oferecimento das contra-razões inclusive.” Habeas Corpus (HC 92091)

das provas que a sustentam, oportunizando a eleição da melhor estratégia para a defesa pessoal perante o juiz criminal.

Não é outro o sentido que se pode extrair do que consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quando enuncia, no artigo X, que todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma **justa e pública audiência** por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Associa-se a tal dispositivo da Declaração o disposto no seu artigo XI, ao dispor que todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em **juízo público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa**.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica, ao tratar das Garantias judiciais, no seu Art. 8º, alínea d, dispõe ser **direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor**. Na alínea g, do mesmo art. 8º, consta o **direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo**.⁹

Ora, o que se pode auferir da conjugação das várias normas da Constituição Federal, da Declaração Universal de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica é que a ampla defesa compreende o direito de se entrevistar previamente com advogado da escolha do acusado e de ser ouvido ao final do processo, após conhecer a imputação que lhe é dirigida e quais as provas que sustentam a acusação.

A se acolher outro raciocínio, qual seja, de que o acusado pudesse continuar a ser interrogado sem prévia entrevista com seu defensor, ou ser interrogado sem prévio contato com os autos e exame das provas contra ele coligidas, estaríamos a admitir a possibilidade do acusado em seu interrogatório, por mero desconhecimento do que lhe é imputado e das provas coligidas pelo órgão acusador, produzir prova contra si mesmo, fornecendo informações ou prestando declarações que não forneceria ou prestaria se conhecesse previamente o teor e a densidade do material probatório à disposição do acusador e se estivesse devidamente orientado por profissional do direito.

Nesse passo é relevante lembrar que o **Pacto de São José da Costa Rica**, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, **goza de**

⁹ “Artigo 8º - Garantias judiciais

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

.....
d) **direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;**

.....
g) **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;**”

status supralegal, portanto com força para revogar a legislação ordinária interna que a ele se oponha, como aconteceu no caso da prisão do depositário infiel.¹⁰

Assim, existindo norma veiculada em lei ordinária que tenda a suprimir ou dificultar a prévia entrevista do acusado com seu defensor, ou antecipar o interrogatório, impedindo o pleno conhecimento tanto da imputação, quanto das provas coligidas pela acusação em desfavor do acusado, tal norma não subsiste ao cotejo com as normas de garantias processuais previstas no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica acima colacionadas.

3. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

O código de processo penal militar, anacrônico e carecedor de urgente reformulação, mantém o interrogatório como ato processual que se segue ao recebimento da denúncia e precede à instrução processual, como dispõe o seu art. 302.¹¹

Trata-se do Decreto-lei Nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, norma a que se tem atribuído o **status de lei ordinária**.

Atuando perante a Justiça Militar da União, deparamo-nos diuturnamente com acusados que muitas vezes são citados de véspera para serem interrogados após uma breve conversa de alguns poucos minutos com o defensor, de forma que a ampla defesa nos termos preconizados pela Constituição Federal e pelo Pacto de São José da Costa Rica resta sobremaneira prejudicada.

O acusado é interrogado antes da prova que deve embasar a imputação ser produzida pela acusação, **em contraditório, perante o juízo**, o que, como aduzido acima, pode fazer com que o acusado preste informações prejudiciais à sua própria defesa técnica em juízo, produzindo provas contra si mesmo, o que é indesejado num modelo penal acusatório como o projetado pelo legislador constituinte.

¹⁰ “Três processos foram apreciados em conjunto: o Habeas Corpus (HC) nº 87.585 e os Recursos Extraordinários (RE) nº 466.343 e 349.703. Esse último, arrastava-se há seis anos na Corte.

O posicionamento do STF baseou-se na tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil - como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que proíbe a prisão por dívida, salvo a de pensão alimentícia - são "supralegais", hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais (que não estão previstas na CF). A atribuição de força constitucional aos tratados, contudo, não foi aprovada pela maioria dos ministros. E essa foi a grande discussão no julgamento: que status conferir aos tratados sobre direitos humanos ratificados antes das alterações trazidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004 (o Pacto da Costa Rica é de 1969). Isso porque a EC acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF e, desde então, os tratados sobre direitos humanos terão status constitucional desde que passem pelo processo de aprovação, no Congresso, das emendas constitucionais.”
<<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/333854/decisao-depositario-infiel-nao-deve-mais-ser-presos-diz-stf>>

¹¹ “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.”

Poder-se-ia dizer que o acusado poderia simplesmente calar, como lhe permite o art. 5, LXIII, da Constituição Federal, de forma que o interrogatório no início do processo não teria o potencial de prejudicar sua defesa em juízo.

Porém, não se pode esquecer que o interrogatório já não é visto mais como outrora, como mero meio de prova, mas também como meio de defesa pessoal do acusado, oportunidade que ele tem de apresentar, diretamente ao juiz, sua versão dos fatos que lhe são imputados e influir na formação da convicção do julgador.

Por isso, afirmar que o acusado pode se calar não resolve o impasse, vez que se estaria na verdade dizendo que ele poderia deixar exercer um direito seu de autodefesa para não correr o risco de produzir prova contra si mesmo, o que sobre não ser razoável é contrariar o princípio da ampla defesa assegurado constitucionalmente.

Pedindo vênias aos que ainda defendem a chamada busca da denominada “Verdade Real” no processo penal – como se a verdade pudesse de fato ser alcançada no processo penal ou não-penal – não se pode aceitar tal ideário, que, aliás, carece de fundamento constitucional¹², por cercear o direito do acusado se auto-defender, através do seu interrogatório em juízo, após produzidas as provas em contraditório, sobretudo as provas da acusação, a quem cabe, frise-se, primordialmente, demonstrar a veracidade dos fatos constantes da peça acusatória.

Mais uma vez calha lembrar que o vetusto Código de Processo Penal Militar, que se mantém velho e defasado também na sua interpretação, *data maxima venia*, por obra do Poder Judiciário Militar, pelo menos no âmbito da Justiça Militar da União, onde este articulista atua, não trata sequer da vedação das provas ilícitas, obtidas por meios ilícitos, ou delas derivadas, como faz o CPP, no art. 157.

Trata-se de uma legislação produzida numa época de poucas luzes (1969), sob inspiração evidentemente autoritária, que sofreu pouquíssimas alterações ao longo das décadas, mantendo-se retrógrada em seu texto superado pela evolução do ordenamento constitucional e pela exegese conferida pelos **órgãos colegiados da Justiça Castrense**, cuja existência já não se justifica no modelo penal acusatório inaugurado pela **Constituição Federal de 1988**, que exige **independência e imparcialidade do juiz criminal**.¹³

¹² A Constituição traz expressamente, no seu art. 5º, a presunção de não culpabilidade, ou de inocência (inciso LVII), o princípio da ampla defesa (inciso LV), a vedação do uso de provas ilícitas ou obtida por meios ilícitos (inciso LXIII), no art. 93, IX, a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mas não revela a existência de nenhum “Princípio da verdade real”. Assim, é preciso ter cuidado para que um pseudo-princípio preconizado por alguns setores da doutrina e da jurisprudência não implique em recusa a princípios expressos da Constituição Federal.

¹³ Os julgamentos no âmbito da Justiça Militar da União são realizados por colegiados compostos por um juiz civil e quatro militares. São os Conselhos de Justiça. O juiz civil, investido mediante concurso público, goza das garantias da inamovibilidade e vitaliciedade, que lhes confere a necessária imparcialidade e o destemor para o desempenho da atividade de julgar, ainda que contrariamente aos interesses das organizações militares, além do necessário conhecimento jurídico para decidir as causas que lhe são submetidas. Aos juizes militares não é exigida formação jurídica, nem tampouco fundamentação de seus votos, não gozando de quaisquer das garantias de que gozam os membros do

Deve ser aqui registrado que uma **grande virtude da Justiça Militar da União** é o respeito deferido aos advogados particulares e Defensores públicos que lá oficiam. É o único lugar, pelo menos do conhecimento deste articulista, onde o Ministério Público e a Defesa encontram-se no mesmo plano físico, diga-se de passagem, mantendo o distanciamento necessário entre o órgão julgador e as partes no processo, resguardando, pelo menos nesse sentido, a “paridade de armas” entre acusação e defesa e o respeito pelo profissional que promove a defesa do acusado.¹⁴

O mesmo, infelizmente, não se pode dizer da Justiça Federal que, lamentavelmente, fechou os olhos para a disposição contida no parágrafo 7º, do art. 4º da LC 80/94, com a redação dada pela LC 132/09 e fez ouvidos mocos aos pleitos da Defensoria Pública para que fosse observada a disposição legal.

O que se ouve corriqueiramente no meio judiciário castrense é que o CPPM não é omissivo em matéria de interrogatório e que, por não haver omissão, não seria aplicável o disposto no CPP (interrogatório ao final do processo), por força do art. 3º do Código de Processo Penal Militar.

Porém, é de se ressaltar que não se trata de omissão pura e simplesmente, observável *prima facie*, mas de norma jurídica de *status* ordinário (decreto lei) que não fora recepcionada pela Constituição Federal (art. 5º, incisos LV e LXIII), gerando sim uma lacuna, mas num segundo momento de reflexão.

A esta altura, poder-se-ia argumentar que o próprio Código de Processo Penal comum somente passou a prever o interrogatório ao final do processo após a promulgação da lei 11.719/08 e ninguém cogitou da sua contradição com a Constituição antes de tal diploma legislativo.

Porém tal norma jurídica fora resultado de um projeto de lei gestado no Congresso Nacional desde o ano de 2001¹⁵, em cujo parecer o relator na Comissão de Constituição e Justiça, o então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, ressaltou a autoridade intelectual dos estudiosos do direito processual penal cujas posições doutrinárias já preconizavam e sustentavam

Poder Judiciário por força da Constituição e da LC 35/79 (lei Orgânica da Magistratura Nacional). Enfim, são leigos exercendo jurisdição penal, decidindo inclusive sobre matéria de direito, sem garantias de imparcialidade e pior, julgando muitas vezes crimes praticados contra a Organização Militar a que pertencem, o que expõe a olhos nus a falta de imparcialidade que compromete sua atuação nos conselhos de justiça.

¹⁴ A LC 80/94, no seu art. 4º, § 7º, dispõe:

“Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público”

No âmbito da Justiça Federal a disposição é simplesmente ignorada, quebrando-se a isonomia entre acusação e defesa, desrespeitando-se a prerrogativa do Defensor Público.

Nesse sentido, é preciso que se registre o fato, a Justiça Militar da União é exemplar, por garantir igual tratamento à acusadores e defensores, sejam estes Defensores Públicos, ou advogados particulares.

¹⁵ PROJETO DE LEI Nº 4.207, DE 2001

as alterações constantes do projeto de lei, muito antes do início do tramite legislativo da matéria.¹⁶

Dentre eles, doutos do quilate da professora Ada Pellegrini Grinover¹⁷ que antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já preconizava que o acusado não pode ser tratado como objeto pelo julgador, mas como sujeito de direito.

Resta claro, pois, que mesmo antes da edição da lei 11.719/08 poderiam ser questionadas a incompatibilidade tanto da redação originária do CPP, quanto da redação do CPPM, com as disposições constitucionais e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destacando-se nesta senda o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece as garantias processuais dos acusados em processos penais nas alíneas do seu art. 8º.¹⁸

¹⁶ “O parecer não pode omitir que este importante e abrangente projeto é fruto de longo e exaustivo debate entre os juristas especialistas em processo penal. Elaborado pela Comissão constituída dos professores Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti, o projeto é constitucional, jurídico e redigido segundo a boa técnica legislativa. Quanto ao mérito é justo destacar o acerto das modificações propostas, o que recomenda sua inteira aceitação. Por estas razões o parecer é no sentido da aprovação.
Sala das Reuniões, 02 de janeiro de 2002.
Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL”(PRL-1 CCJR)

¹⁷ “**o réu, sujeito de defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da existência da faculdade de não responder**” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*. Ciência Penal, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 29, 1976)

¹⁸ “Artigo 8º - Garantias judiciais

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

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

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

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

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

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

g) **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma**, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

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

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

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

No caso específico da Justiça Militar, em que pesem opiniões respeitáveis em sentido contrário, o articulista já parte da premissa de que o julgamento colegiado pelos Conselhos de Justiça¹⁹, compostos na maior parte (4 entre 5 componentes) por juizes militares, sem as garantias constitucionais típicas de que gozam os membros do Poder Judiciário, garantias da imparcialidade que deve ter o julgador, não atende às exigências que a Constituição²⁰ e o Pacto de São José da Costa Rica²¹ impõem em relação ao juiz da causa, sobretudo independência e imparcialidade.

Mas, isso é assunto para outra oportunidade.

Admitindo, apenas por hipótese, que os julgamentos pelos órgãos colegiados da Justiça Militar atendam às exigências de imparcialidade constantes do Texto Constitucional e do Pacto de São José da Costa Rica, resta a questão atinente ao procedimento.

Será que o procedimento previsto no art. 302 do Código de Processo Penal Militar, que data de 1969, passa pelo crivo de Constitucionalidade (recepção ou não) e será que o mesmo dispositivo legal se adequa às garantias judiciais dispostas no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica?

A resposta só pode ser negativa.

O art. 302 do CPPM não está de acordo com o Texto Constitucional de 1988, nem atende às exigências constantes do art. 8º, nº 2, alíneas **d e g**, do Pacto de São José da Costa Rica, visto que impõe ao acusado o interrogatório sem que antes sejam apresentadas as provas de que dispõe a acusação, nem tampouco produzidas as contraprovas da defesa, ou a prova pericial, quando for o caso, o que contraria o senso comum da teoria processual penal contemporânea de oportunizar ao acusado sua defesa pessoal de forma efetiva e não apenas formalmente.

Temos que lembrar que o **Pacto de São José da Costa Rica** teve reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal sua **força normativa Supralegal**, pelo que o Código de Processo Penal militar lhe é norma de *status*

¹⁹ LEI 8.457/92, que Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares, dispõe no seu Art. 16:

“São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juizes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juizes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade;

b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.”

²⁰ “Art. 95. Os juizes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;”

²¹ “Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um **juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial...**”

subalterno, não podendo, pois, desatender às garantias processuais elencadas no art. 8º daquele tratado internacional, especialmente no que se refere ao depoimento pessoal.

Mais uma vez, o interrogatório é misto de meio de prova e de defesa pessoal do acusado, não se sustentando vertentes que afirmam que o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da Constituição) inviabilizaria a possibilidade do acusado produzir prova contra si mesmo, pois, como dito acima, o interrogatório é direito do acusado, mas direito a um interrogatório qualificado pela ciência do que a acusação alega contra ele e de quais provas dispõe para provar a imputação.

E como também já fora salientado, o juiz é livre para avaliar o interrogatório, que é também meio de prova, além de meio de defesa pessoal do acusado, em conjunto com as demais provas coligidas no curso da instrução processual, de forma que nenhum prejuízo existe à quimérica “verdade real” apregoada, sobretudo, pelos acusadores públicos na seara militar para justificarem a manutenção da prática autoritária que ainda prevalece na Justiça Castrense da União.

4. POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO DA NOVA SISTEMÁTICA AO PROCESSO PENAL MILITAR

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, resolveu aplicar a sistemática do interrogatório ao final da instrução penal para processo de competência originária dos tribunais, regido pela Lei 8.038/90, que no seu art. 7º preconiza o interrogatório logo após o recebimento da denúncia, como de resto faz o art. 302 do CPPM, objeto das presentes reflexões.

Dado o teor altamente elucidativo do voto do Min. Ricardo Lewandowski, na AP 528, em julgamento de 24/03/2011, peço vênias para transcrevê-lo com alguns grifos:

“O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: em que pesem as relevantes considerações formuladas pela agravante, penso não lhe caber razão, pelos fundamentos abaixo listados.

Como é sabido, a Lei 11.719/2008 modificou o art. 400 do CPP e transferiu o interrogatório para o final do procedimento, passando o dispositivo a contar com a seguinte redação:

«Art. 400 - 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».

Não se pode negar que se trata de um tema de altíssima relevância, dado o reflexo que a referida inovação legal exerce sobre o direito constitucional à ampla defesa, embora não tenha tido ainda o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de posicionar-se definitivamente a respeito dele, nem mesmo em sede de questão de ordem.

O tema, é bem verdade, chegou a ser debatido pelos Ministros na sessão plenária de 7 de outubro de 2010, em questão de ordem suscitada na AP 470.

Contudo, como naquela ação penal o interrogatório já havia sido realizado, não se prosseguiu a discussão.

Reverendo as notas taquigráficas da aludida sessão, a apoiar a tese da transferência do interrogatório para o final do procedimento, penso serem elucidativas as considerações tecidas na ocasião pelo eminente Ministro Celso de Mello. Em transcrição livre, dado que o v. acórdão ainda não foi inteiramente lavrado, nas palavras de Sua Excelência:

«Agora, de outro lado, tal seja a compreensão que se dê ao ato de interrogatório, que, mais do que simples meio de prova, é um ato eminente de defesa daquele que sofre a imputação penal e é o instante mesmo em que ele poderá, no exercício de uma prerrogativa indisponível, que é o da autodefesa e que compõe o conceito mais amplo e constitucional do direito de defesa, tal seja a compreensão então que se dê ao ato de interrogatório - eu, por exemplo, vejo, no interrogatório, um ato de defesa, e isso foi muito acentuado por essa recente alteração introduzida pela reforma processual penal de 2008 -, portanto, a realização do interrogatório do acusado como o ato final da fase instrutória permitirá a ele ter, digamos, um panorama geral, uma visão global de todas as provas até então produzidas nos autos, quer aquelas que o favorecem, quer aquelas que o incriminam, uma vez que ele, ao contrário do que hoje sucede - hoje, o interrogatório como sendo um ato que precede a própria instrução probatória muitas vezes não permite ao réu que apresente elementos de defesa que possam suportar aquela versão que ele pretende transmitir ao juízo processante -, com a nova disciplina ritual e tendo lugar na última fase da instrução probatória o ato do interrogatório, o acusado terá plenas condições de estruturar de forma muito mais adequada a sua defesa, embora ele, como réu, não tenha o ônus de provar a sua própria inocência; cabe sempre o ônus da prova a quem acusa. O órgão do Ministério Público que deve acusar; deve acusar com base em provas lícitas e, além de qualquer dúvida, razoável.

Mas, de qualquer maneira, o réu tem o direito de ser interrogado; pode, eventualmente, calar-se; pode, eventualmente, abster-se de qualquer resposta. Mas, de todo modo, tendo uma visão global de todos os elementos de informação até então produzidos, ele então poderá estruturar melhor a sua defesa. E, ainda, devemos ter em consideração que o processo penal é, por excelência, um instrumento de salvaguarda dos direitos do réu. O Estado delinea um círculo em cujo âmbito torna-se lícito ao Poder Público fazer instaurar a persecução penal e praticar todos os atos que levem à comprovação lícita da imputação deduzida contra determinada pessoa. O que não se pode é transpor os limites da circunferência, sob pena de o Estado, em assim agindo, incidir em comportamento ilícito.

Portanto, são regras que claramente vêm definidas em favor do acusado. Já o dizia o velho João Mendes de Almeida Júnior, no seu conhecido «Curso de Processo Penal», em edição de 1911. E essa é uma posição que vem sendo reafirmada pela doutrina, especialmente hoje com a constitucionalização do processo, notadamente do processo penal, em que se estabelece uma clara relação de polaridade conflitante entre a pretensão punitiva do Estado, de um lado, e o desejo de liberdade do acusado, de outro».

Tendo em conta essas judiciosas constatações, afirmar que é essencial aos sistemas processuais respeitarem à plenitude o direito de defesa e ao contraditório afigura-se, no mínimo, despiciendo, pois tais premissas encontram-se assentadas não apenas no ordenamento pátrio, mas revelam-se como alguns dos mais caros valores do Estado Democrático de Direito, assim sendo reconhecido pela grande maioria das nações civilizadas.

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, afluíram durante a edificação do conjunto probatório.

Assim, caso entenda-se que a nova redação do art. 400 do CPP propicia maior eficácia à defesa, penso que deve ser afastado o previsto no art. 7º da Lei 8.038/90, no concernente à designação do interrogatório.

Voltando a discussão para um aspecto mais formal, entendo que o fato de a Lei 8.038/90 ser norma especial em relação ao Código de Processo Penal, de cunho nitidamente geral, em nada influencia o que aqui se assentou.

É que, a meu sentir, a norma especial prevalece sobre a geral apenas nas hipóteses em que estiver presente alguma incompatibilidade manifesta e insuperável entre elas. Nos demais casos, considerando a sempre necessária aplicação sistemática do direito, cumpre cuidar para que essas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente.

De resto, a aplicação subsidiária das disposições gerais e especiais do CPP à Lei 8.038/90 é expressamente reconhecida pelo art. 9º desta última, cuja redação estabelece o seguinte:

«Art. 9º - A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal».

Com base nas considerações acima, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental em tela.”

(Agravo Regimental na Ação Penal (AP) 528, no Pleno do STF- julgado em 24/03/2011)

Perceba-se que o voto do Min. Lewandowisk equaciona perfeitamente a questão aqui debatida.

É preciso interpretar a aplicar as normas ordinárias tendo em vista sua compatibilidade com o Texto Constitucional de 1988, com as garantias expressas e implícitas da Constituição, sem se olvidar dos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil; e não o contrário, como lamentavelmente é comum se ver na Justiça Militar, especificamente sobre o interrogatório do acusado, onde o que o CPPM contém é tido como dogma intransponível, que deve ser observado a qualquer custo, mesmo contrariando garantias fundamentais do acusado e do próprio regime democrático de direito que pretendemos sustentar enquanto país dito culturalmente civilizado.

Além disso, como o Min. Lewandowisk ressalta em seu voto, inexistente qualquer prejuízo para o bom andamento do processo penal quando se outorga ao acusado todas as garantias e possibilidades de ser interrogado ao final do procedimento, após a produção das provas em contraditório.

Nem colhe invocar a conhecida panacéia do binômio “Hierarquia e Disciplina”, lembrada em todas as ocasiões na Justiça Castrense, sob o pretexto de se tratar de Justiça Federal Especializada e que lida com ramo autônomo do Direito, a saber, o Direito Penal Militar.

As garantias Constitucionais, a Proclamação dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica, bem como todos os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, naquilo que se referem aos acusados em processo penal, dirigem-se a todos, militares e civis, julgados perante a Justiça Comum ou Militar.

Afinal, a Justiça Castrense, o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar não são imunes aos ditames constitucionais e

convencionais, estando subordinados a estes tanto quanto quaisquer dos demais ramos do Poder Judiciário e das disciplinas jurídicas autônomas.²²

Aqui é bom lembrar que a Justiça Militar da União julga civis e militares, diferentemente do que acontece com a Justiça Militar dos Estados, que somente julga militares,²³ o que é uma peculiaridade negativa do ordenamento jurídico, por atribuir competência a um tribunal militar para julgar civis em tempo de paz.

Enfim, aplicar o disposto no art. 400 do CPP ao interrogatório no âmbito da Justiça Militar da União não causaria qualquer prejuízo para o deslinde da ação penal, como acima aduzido, porque o juízo colegiado forma sua livre convicção com base em todas as provas produzidas no processo e não somente com base no interrogatório do acusado.

5. CONCLUSÃO

Do que acima se expôs, podem-se extrair algumas conclusões, que se passa a enumerar, sem prejuízo de outras não vislumbradas por este articulista:

a) O art. 302 do CPPM, que impõe o interrogatório do acusado logo após o recebimento da denúncia, não foi recepcionado pela Constituição Federal e infringe o Pacto de São José da Costa Rica, que lhe é norma superior por ter *status* supralegal reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal;

b) Ante a insubsistência da norma constante no art. 302 do CPPM, pode ser requerida pela defesa, logo após o recebimento da denúncia no âmbito da Justiça Militar, a postergação do interrogatório do acusado para o último momento da instrução processual, aplicando-se o disposto no art. 400 do CPP, em decorrência do surgimento de lacuna na legislação especial, ganhando aplicabilidade a legislação processual penal comum, por força do art. 3º, do próprio CPPM;

c) A negativa do juízo militar em atender ao pleito da defesa viabilizaria a imediata impetração de Habeas corpus em favor do acusado, visto que o interrogatório do acusado logo após o recebimento da denúncia, nos termos do art. 302 do CPPM, constitui prova ilícita, por violação das garantias constitucionais e convencionais (tratados internacionais) do acusado acima apontadas, além de ser ilegal por aplicar norma que perdeu seu suporte de validade (não-recepção) ou foi simplesmente revogada, não mais subsistindo no ordenamento jurídico;

d) Mantida a aplicação do art. 302 do CPPM no âmbito da Justiça Militar, seria o caso de se buscar uma manifestação do

²² Esse, aliás, parece ser um dos receios dos operadores do processo penal militar, qual seja, aceitar a aplicabilidade dos institutos do CPP e admitir que a disciplina autônoma do CPPM sucumbiu, em parte, diante do novo ordenamento constitucional e dos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Porém, enganam-se os que assim pensam, *permissa venia*, visto que a aplicação de institutos do CPP ao processo penal castrense somente se justificará enquanto não for promovida a devida atualização do CPPM e apenas pontualmente, naquilo que a norma especial contrariar as normas e os princípios superiores do Sistema Acusatório.

²³ Art. 125, § 4º, da Constituição Federal

Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, que certamente se reveste de grande relevância em razão do elevado número de acusados militares submetidos às justiças castrenses estaduais e de acusados militares e civis processados perante a Justiça Militar da União;

e) Por se tratar de questão puramente processual, que não se encontra associada a princípios de ordem material, aplicáveis aos militares, tais como hierarquia e disciplina, mas de garantia de índole constitucional aplicável aos acusados em geral, é de se esperar que o Supremo Tribunal Federal mantenha a linha que vem adotando, no sentido de privilegiar o direito de defesa, concedendo a máxima efetividade às normas e princípios constitucionais, bem como aos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

Bibliografia

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio.* Ciência Penal, São Paulo

BRASIL. Presidência da República, legislação. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao> >. Acesso em: 30 de março de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/> >. Acesso em: 30 de março de 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/> >. Acesso em: 30 de março de 2011.