

O INTERROGATÓRIO EM FACE DAS ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM

Paulo de Tarso Augusto Junior¹

1. Introdução

O Código de Processo Penal comum, nos últimos anos tem sofrido importantes alterações visando a adequação à Constituição Federal do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, em que direitos e garantias foram colecionados, os quais trouxeram inúmeras inovações no ordenamento jurídico pátrio.

Por ter sido introduzido em nosso ordenamento na Década de 40, o Código de Processo Penal comum necessita de importante atualização, pois vários preceitos que eram aplicados naquela época, já foram superados em legislações mais recentes, até porque foi aprovado sob um Governo ditatorial do Presidente Getúlio Vargas.

O Código da Justiça Militar, de 02 de dezembro de 1938 foi revogado com a edição do Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 e de lá para cá, poucas alterações sofreu, necessitando sua adequação à Carta Magna.

Nos anos de 2008 e 2009, tivemos importantes alterações no texto processual comum, modificando o capítulo das provas, em especial, o interrogatório e o procedimento comum.

A legislação militar não foi alcançada por estas alterações e neste caso poderá o interprete aplicar estas alterações em face da omissão legislativa?

É sobre este assunto que se pretende discorrer.

2. Desenvolvimento

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema positivado, formado por normas escalonadas que estão dispostas de forma hierárquica.

O constituinte brasileiro adotou uma pirâmide jurídica, como fora idealizada por Hans Kelsen, estando a Constituição no seu vértice.

A hierarquia das leis, na forma de Kelsen, se encontra no artigo 59 da Constituição Federal.

Roque Antônio Carrazza¹ afirma que:

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das normas inferiores, criadas por particulares (os contratos), às constitucionais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de pirâmide jurídica. Nela, as normas inferiores buscam validade nas normas que lhe são superiores e, assim, sucessivamente, até as normas constitucionais.

A Constituição Federal é o fundamento para todas as demais normas, sob pena de que estas não produzam nenhum efeito caso não observem os dizeres constitucionais. Ela é o ápice do direito positivo e além de fundamentar todo o sistema, fundamenta a si própria, "já que encarna a soberania do Estado que a editou"²

¹ É Major da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel e Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Militar pela Universidade Cruzeiro do Sul. cursou Mestrado em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica em São Paulo. Mestre em Ciências Policiais e de Segurança e Ordem Pública. Professor universitário em Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal. Professor no Programa de Doutorado, Mestrado e Bacharelado em Ciências Policiais e de Segurança e Ordem Pública no Estado de São Paulo.

Nesse ponto, insere-se a análise de que o Estado edita sua Constituição, mas esta, por ser o mais alto escalão do sistema normativo positivo, necessita de um fundamento. Os fundamentos da Lei Maior são exatamente os princípios que norteiam a sociedade por ela regida. São os princípios existentes pelos costumes, assim como também aqueles existentes pela necessidade de segurança jurídica.

A Constituição brasileira, redigida, sob um Estado Democrático de Direito, consagrou diversos princípios constitucionais no artigo 5º, 6º e 7º.

No caso em questão estaremos tratando somente de três princípios estabelecido pelo legislador constituinte no artigo 5º, a saber: Inciso LIV - “Do Devido Processo Legal”²; Inciso LV – “Da Ampla defesa” e “Do Contraditório”³.

Estes princípios norteiam todo o regramento processual, militar e comum e nenhuma norma infraconstitucional poderá contrariar o princípio consagrado na Lei Maior.

Afirma ainda A. Machado Paupério³ que *“qualquer sistema de direito positivo baseia-se, em última análise, em determinado número de princípios gerais que lhe dão, por assim dizer, unidade.”*

Os princípios, fora do âmbito jurídico, são como idéias ou pensamentos básicos e fundamentais para a criação de um conjunto de regras e preceitos.

Do Devido Processo Legal

A instrução criminal é um conjunto de atos visando à aplicação da lei. É por intermédio do processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce sua atividade jurisdicional e busca a solução mais justa.

No exame das garantias do devido processo legal, deve ser abrangido às garantias das partes e da atividade jurisdicional.

A garantia do devido processo legal tem como origem o artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões na Inglaterra. No texto original falava-se *Law of the land* e em textos posteriores mencionaram como *Due Process of Law*. Ao consagrar este direito, o Soberano estava limitando seu poder.

Esta garantia foi transcrita nas Emendas V e XIV da Constituição Norte-americana, bem em diversas Constituições Européias: italiana, portuguesa, espanhola, alemã, belga.

É, portanto na Constituição Federal que o processo penal irá encontrar sua fundamentação, visto que nela estão consagrados os princípios do regimes adotados por uma nação.

O texto legal não pode estar em dissonância com a Carta Magna, em especial a vigente, denominada Constituição Cidadã, em que, segundo Grecco Filho⁴, *“... o sistema brasileiro revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoal humana.”*

Se uma norma infraconstitucional chocar-se contra a Constituição, em especial, no tocante aos direitos e garantias individuais, prevalecerá à norma Constitucional, conforme lição de Nucci⁵, ao afirmar que:

Se eventualmente uma norma-regra, constante na Constituição, chocar-se com outra norma, sendo esta última um direito fundamental (norma-princípio), por exemplo, deve prevalecer este último, homenageando-se o valor a ele atribuído pelo poder constituinte originário.

Vê-se, pois, que os direitos e garantias individuais são considerados axiologicamente superiores a outras normas constitucionais que não tenham o mesmo valor, embora, sempre que possível, deva o intérprete conciliar causais contradições, sem que haja prevalência de uma norma sobre a outra. Essa superioridade decorre, como já

²Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

³Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

mencionado, da necessidade imposta pelo Estado Democrático de Direito, afinal, democracia não significa somente o exercício do poder da maioria, mas também o respeito pelos direitos da minoria.

Da Ampla Defesa

Além do princípio do devido processo legal, detraímos de nossa Constituição Federal o princípio da ampla defesa e do contraditório. Para alguns doutrinadores estes dois princípios, ampla defesa e contraditório, é extraído do princípio do devido processo legal, pois este, conforme ensinamento de Grecco Filho⁶: “*significa o adequado processo, ou seja, o processo que assegure a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa*”.

a) Ter conhecimento claro da imputação

Como ampla defesa, assegura ao acusado, o conhecimento claro da imputação, que ocorre no momento da citação. Em que pese não ser objeto direto do tema a ser abordado neste trabalho, merece ressaltar mais uma omissão do legislador brasileiro ao excluir a legislação castrense a devida alteração do artigo 366 do Código de Processo Penal.

A citação é o meio pelo qual dá ciência da acusação ao réu, devendo ser realizada pessoalmente (mandado, precatória, rogatória, requisição ou carta de ordem). Somente quando o réu não é localizado, que se procede à citação por edital, ou conhecidamente como citação ficta.

Se o réu citado por edital não comparece na instrução ou não manda seu defensor, o processo ficará suspenso, assim como a prescrição ficará suspensa até que seja localizado e devidamente citado. Esta alteração deve-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁴ ratificado pelo Decreto 678/92, que assegura a citação pessoal como exigência do devido processo legal. São garantia judiciais ter ciência previamente e de forma pormenorizada da acusação que esta sendo imputada, a fim de exercer seu direito constitucional de defesa.

⁴ 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.

O Código de Processo Penal comum foi alterado em 17 de abril de 1996, por força da Lei nº 9.271, que na alteração, modificou o artigo 366⁵, em que o processo ficaria suspenso se o réu citado por edital não comparecesse nem apresentasse defensor constituído, pois certamente não teria sido eficaz a citação, garantindo o seu direito de defesa no momento em que tomasse ciência da acusação.

Esta alteração não foi promovida na legislação castrense, estando os artigos 277 a 293 em desacordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevalece sobre uma norma infraconstitucional, segundo entendimento da doutrina e jurisprudência. Sobre este assunto a lição de Piovesan:

*Logo, na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional de Direitos Humanos e o Direito Interno, adota-se o critério da prevalência da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana.*⁷ (1997, p.123)

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 e 349.703, o Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Cezar Peluzo decidiu que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, desde que ratificados pelo Brasil, são supralegais, ou seja, hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais.⁶

b) Poder de apresentar alegações contra a acusação

A ampla defesa possibilita ao réu, além de ter direito de conhecer de forma clara a imputação que lhe é formulada, também o poder de apresentar alegações contra a acusação.

Na legislação castrense, inexistente a oportunidade da defesa em contraditar tecnicamente a denúncia, restando somente o remédio do habeas corpus em face da falta de justa causa. Somente no final da instrução que a defesa poderá apresentar seus argumentos fáticos e jurídicos, podendo ocorrer que o réu se sujeite a um processo cujas provas de inocência são claras.

O caput do artigo 407 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal Militar estabelecem que após o interrogatório do réu, abrirá o prazo de quarenta e oito horas que o acusado, neste caso, seu defensor, oponha as exceções previstas nos artigos 128 a 155 da legislação castrense. No entanto, qualquer alegação de defesa será apreciada somente no julgamento, não prevendo expressamente uma análise preliminar pelo juízo militar.

Esta regra tornou mais distante ainda da legislação comum em face da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008 que inverteu a ordem do interrogatório do réu e substituiu a famigerada defesa prévia, por uma resposta preliminar em que a defesa poderá apresentar sua tese defensiva e permitirá ao magistrado o julgamento antecipado do processo, absolvendo sumariamente o réu, evitando assim o constrangimento de um processo em que certamente resultaria na absolvição do réu, economizando o precioso tempo que tanto se critica nos julgamentos.

Na Justiça Militar ficará a cargo do bom senso do juiz, do órgão de acusação e da defesa em renunciar as fases posteriores do processo a fim de proferir uma sentença absolutória, como já presencie em julgamentos ocorridos na 1ª Auditoria da justiça Militar do Estado de São Paulo, ressaltando que isto ocorreu antes da alteração de 2008.

Um meio de defesa que pode ser utilizado pelo réu é o silêncio.

⁵ Art. 366 - 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.

⁶ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>> Acesso em 14.09.11.

Em 1899, o *Criminal Evidence Act* reconheceu ao acusado, no curso do processo, o direito ao silêncio e a faculdade de depor na condição de testemunha de defesa, sob juramento, conforme citação em obra de Enio Luiz Rosseto.⁸

Se o artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna⁷ e o Pacto de São José da Costa Rica⁸ garantem ao preso o direito de permanecer calado, estendido para qualquer indiciado ou réu, inclusive para uma testemunha, cujo depoimento poderá trazer prejuízos futuros, não pode a legislação infraconstitucional estabelecer que poderá ser interpretado em seu prejuízo, conforme preconizado no artigo 305 do Código de Processo Penal Militar⁹.

No texto original do Código de Processo Penal, o artigo 186 trazia redação semelhante ao disposto no artigo 305 da Legislação militar, porém os doutrinadores reconheciam que este artigo não havia sido recepcionado pela Constituição de 1988, embora, como cita Julio Fabbrini Mirabete⁹ (2007, p. 278), havia julgados decidindo em contrário.¹⁰

Por sua vez o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

(...) A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. (STF - HC 96.219 MC-SP, Rel. Min. Celso de Mello)¹¹

Em 2003, a Lei nº 11.792 produziu uma alteração do artigo 186¹², trazendo ao contexto constitucional, sacramentando que o direito ao silêncio não poderia prejudicar a defesa do acusado.

Não resta dúvida que o direito ao silêncio não irá prejudicar o acusado em seu interrogatório, não sendo recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os artigos 305 e 308 do Código de Processo Penal Militar, em sua parte com conflita a Lei Maior.

c) Direito de acompanhamento da prova e fazer contraprova

A ampla defesa assegura ainda ao réu o poder de acompanhar a prova produzida e fazer contraprova. Este direito somente será possível se o réu tiver sido regulamente citado e, no caso da citação por edital, tiver comparecido ou apresentado defensor na audiência.

Como poderá a defesa fazer a contraprova se o réu não tiver sido citado? Durante o inquérito policial, o acusado não detém o direito de contrapor as provas colhidas pela autoridade policial civil ou militar.

⁷Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

⁸ Art. 8º.

Item 2

g) o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada

⁹ Art. 305. 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.

¹⁰ RT 739/626-7; RJDTACRIM 25/172-3, 27/143. 30/376, 33/218.

¹¹ Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/148329/direito-ao-silencio-seu-significado-e-sua-dimensao-de-garantia>> Acesso em 14.09.2011.

¹²Art. 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.

No processo, o réu passa de um simples objeto de investigação, nas palavras de José Frederico Marques¹⁰ para “*um sujeito de direitos*”, em que poderá acompanhar toda a instrução processual.

O interrogatório, para a maioria dos doutrinadores, é um ato judicial, em que o magistrado formula as perguntas aos acusados durante o interrogatório. Esta característica contrasta com as demais provas colhidas por intermédio do depoimento de pessoas (ofendido e testemunhas), em que está garantido às partes formularem as perguntas necessárias para a elucidação dos fatos.

O juiz não é o único interessado na busca da verdade, mas a acusação e a defesa têm sua importância no processo penal.

Nesta linha, o artigo 303 do Código de Processo Penal Militar preconiza que “O interrogatório será feito, obrigatoriamente, pelo juiz, não sendo nele permitida a intervenção de qualquer outra pessoa.” Somente ao final do interrogatório realizado pelo magistrado, sendo permitido aos Oficiais Membros do Conselho de Justiça formular perguntas por intermédio do Juiz Togado, é que as partes poderão suscitar questão de ordem¹³, mas não é permitido formular nenhuma pergunta ao réu, diretamente, ou por intermédio do juiz de direito militar.

José da Silva Loureiro Neto¹¹ afirma: “Como o interrogatório constitui ato privativo do Conselho de Justiça, as partes não poderão intervir, a não ser quando houver manifesto abuso por parte de algum dos membros do Conselho.”

O Código de Processo Penal também adotava o mesmo procedimento, conforme estava estabelecido no texto original da legislação, em seu artigo 187, *ex-vi*: “O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.” Ocorre que em 2003, sobreveio a Lei nº 10.792, em que deu nova redação ao artigo 188¹⁴. Diante desta alteração, possibilita às partes formular questões ao réu, garantindo assim a possibilidade de exercer o seu direito de fazer prova e contraprova.

Na Justiça Militar, o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, em julgamento dos Embargos Infringentes nº 169, acolheu o pedido da defesa em possibilitar que formulasse as perguntas ao acusado, como se vê abaixo:

Embargos Infringentes – Correição Parcial – Possibilidade de advogado de um dos réus fazer perguntas em interrogatório de outro – Princípio constitucional da ampla defesa – Provimento do recurso. (EMBARGOS INFRINGENTES Nº 169. Correição Parcial nº 65 – Embargos de Declaração nº 59–Processo nº 23.641/2ª AJME. Revisor e relator p/acórdão: Juiz Fernando Galvão da Rocha. Julgado em 05.05.2007.¹⁵

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa¹², ao comentar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, conclui:

Portanto, pode-se afirmar que a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais é um precedente importante, que demonstra que o Poder Judiciário como guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão tem buscado uma efetiva aplicação dos institutos que foram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional.

¹³ Art. 303.

Parágrafo único. Findo o interrogatório, poderão as partes levantar questões de ordem, que o juiz resolverá de plano, fazendo-as consignar em ata com a respectiva solução, se assim lhe for requerido.

¹⁴ Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

¹⁵ Acórdão extraído do artigo de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/25208>> Acesso em 11.09.2011

d) Ter defesa técnica por Advogado

Outro direito inerente à ampla defesa é o fato de ter o réu a defesa técnica por Advogado, cuja função é indispensável à Administração da Justiça.

A assistência técnica e profissional do advogado, para a defesa do réu durante todo o processo e julgamento da acusação contra ele articulada, é uma injunção legal.

A presença do defensor em toda a fase do processo é obrigatória, devendo o juiz designar um defensor público, caso o réu esteja revel ou que não compareça com seu patrono constituído. Assim disciplina o artigo 71 do Código de Processo Penal¹⁶.

Um aspecto relevante previsto na legislação castrense é a presença do defensor do réu, ainda que revel, na audiência do interrogatório, e o que determina o seu artigo 306, §1º¹⁷, alteração esta somente introduzida na legislação comum em 2003, por força da Lei nº 10.792.

Em 2009, foi promulgada a Lei nº 11.900, que também procedeu alterações no Código de Processo Penal comum, sem no entanto estender explicitamente na legislação militar. A importante alteração foi a possibilidade do réu de ter o direito de entrevistar com seu defensor antes da realização do interrogatório, conforme preconiza o artigo 185, § 5º. O direito do réu em ter a defesa técnica de nada adiante se seu cliente não tiver a oportunidade de conversar previamente com seu patrono. Não resta dúvida que o juiz militar não poderá se furtar de autorizar a entrevista prévia, sob pena de ferir o princípio da ampla defesa garantido na Constituição Federal.

Do Contraditório

Outro princípio que decorre do princípio Do Devido Processo Legal é o Contraditório. Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹³ define o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.”

Pode-se afirmar também que do princípio do contraditório deriva o princípio da igualdade, conforme lição de Afranio Silva Jardim.¹⁴

A lição de Antonio Scarence Fernandes¹⁵ sobre o contraditório é de singular importância, conforme se vê:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estar as partes munidas de forças similares. (2007, p. 63)

No artigo 417, § 2º, disciplinava que a defesa tinha direito a arrolar até três testemunhas, por sua vez, a acusação tinha o direito de arrolar até seis testemunhas, o que demonstrava um desequilíbrio entre as partes. Atualmente não existe dúvida quanto ao direito de ser arrolada o mesmo número de testemunhas. Assim decidiu o Superior Tribunal Militar¹⁸ declarando que o dispositivo legal não fora recepcionado pela Carta Magna, no julgamento do Habeas Corpus nº 80.855-7/RJ.

¹⁶ Art. 71 Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

¹⁷ Art. 306.

¹⁸ “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.

¹⁸ Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6299662/habeas-corpus-hc-34037-ce-200501034037-8-stm>> Acesso em 11.09.11.

HABEAS CORPUS. ART. 417, § 2º, DO CPPM. DESIGUALDADE ENTRE O NÚMERO DE TESTEMUNHAS DE DEFESA E O DE ACUSAÇÃO. DISPOSITIVO PROCESSUAL CASTRENSE NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO.

No mesmo sentido temos o Habeas Corpus nº 2005.01.034028-7¹⁹ apreciado pelo Superior Tribunal Militar:

HABEAS CORPUS. IGUALDADE NO NÚMERO DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ISONOMIA PROCESSUAL.

Do Interrogatório

Um dos atos mais importantes do processo, pois é por intermédio do interrogatório que o juiz ouve do denunciado esclarecimentos acerca da imputação que lhe foi feita pela acusação, possibilitando colher importantes informações para o seu livre convencimento.

O interrogatório, na lição Nucci¹⁶:

É um ato processual que confere a oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação.

Discuti-se na doutrina e jurisprudência se o interrogatório é um meio de defesa ou um meio de prova, ou ainda se os dois. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de Recurso de Habeas Corpus, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello, considerou o interrogatório como meio de defesa, conforme se vê abaixo:

*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, julgado em 06.3.2007)²⁰*

Na posição em que o interrogatório está localizado no Código de Processo Penal Militar e estava no Código de Processo Penal comum, até o advento da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, poderia se falar que seria um meio de prova e também um meio de defesa, mas com a importante alteração promovida na legislação adjetiva comum, em 2008, não resta dúvida que o interrogatório é um meio de defesa, pois será o último ato da instrução.

Por sua vez, na opinião de Ivan Luis Marques da Silva¹⁷ levou-se corretamente o interrogatório corretamente para o último momento da audiência, pois o réu somente pode se defender de forma ampla se souber, com antecedência, as impressões pessoais e fáticas que as testemunhas de acusação têm para afirmar. Após apresentado todo o acervo probatório, o réu terá condições de saber exatamente do que defender e de que forma, aliado a sua autodefesa à defesa técnica de seu defensor.

Ao trasladar o interrogatório do início da instrução para a última fase, o processo penal foi revitalizado, adequando-se ao modelo constitucional vigente, em obediência ao princípio da ampla defesa.

Esta alteração ocorreu somente no Código de Processo Penal.

¹⁹ Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6298239/habeas-corporus-hc-34029-ce-200501034029-7-stm>> Acesso em 11.09.11.

²⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=89892&classe=RHC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 14.09.2011

O legislador omitiu outras legislações extravagantes como na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), Lei nº 8.038/90 (Regula o procedimento no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e o Código de Processo Penal Militar, dentre outras.

João Roberto de Toledo¹⁸ tece a seguinte crítica quanto ao CPPM: *“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.”*

Infelizmente o legislador ordinário esqueceu mais uma vez de realizar a mesma modificação na legislação castrense, mas entendo ser possível o juiz promover esta alteração, com fundamento nos princípios constitucionais consagrados em nossa Lex Maior.

Esta afirmação encontra-se guarida no Pretório Excelso em decisão recente na Ação Penal nº 528, sob a Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

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...

(...)

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. Revendo 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. (...)

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. (STF, Agravo Regimental na Ação Penal nº 528. Rel. Min. Roberto Lewandowski, v.u., julgado em 24.03.2011)^{21 22}

Os eminentes Ministros superaram o questionamento de não se poder aplicar uma norma processual comum, quando tiver uma norma especial, conforme ocorre na legislação processual penal.

Em que pese a legislação castrense ter regramento próprio, não pode simplesmente ignorar as alterações produzidas pelo legislador ordinário na legislação comum, o qual tem buscado adequar as normas infraconstitucionais aos princípios constitucionais.

Ser uma norma especial não torna uma norma diferente ao ponto de negar aos mandamentos do legislador constituinte. Se o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de adequar a sua legislação especial às alterações do Código de Processo Penal, o qual deve ser utilizado de forma supletiva, inexistente razão para o intérprete militar também não fazer de foram semelhante, até porque o artigo 3º, alínea “a”

²¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_528AGR.pdf> Acesso em 14.09.2011.

²² Disponível em <<http://m.stf.jus.br/porta/verProcessoAndamento.asp?incidente=3840783>> Acesso em 14.09.2011.

do Código de Processo Penal Militar autoriza utilizar da legislação comum em casos omissos.

3. Conclusão

Quando um Estado promulga uma nova Constituição, um novo Estado surge; no caso do Brasil, um Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Penal Militar foi editado em um período de exceção e, após a Constituição Federal ser modificada por uma Carta Cidadã, em 1988, a legislação tem que se adaptar a esta nova ordem jurídica.

O legislador constituinte teve o cuidado de transcrever direitos e garantias individuais exaustivamente, visando à proteção dos direitos fundamentais do homem, consagrado no Pacto de São José da Costa Rica.

Não pode uma lei infraconstitucional, ainda que seja uma norma especial, afrontar o texto constitucional e os Tratados Internacionais em que o Brasil aderiu, após o trânsito legislativo.

O princípio da ampla defesa deve ser cumprido, assim como os demais princípios, devendo o intérprete buscar a solução mais justa para o caso concreto, não podendo simplesmente se furtar de adaptar a norma vigente e eficaz por outra norma mais nova e justa.

As alterações introduzidas na legislação comum podem ser perfeitamente adotadas pela legislação militar, sem que fira o seu caráter de norma especial, pois as modificações aprovadas pelo legislador não buscam promover uma diferenciação da norma comum da especial, mas adaptar ao preceito constitucional, bem como os inúmeros Tratados Internacionais em que o Brasil aceitou.

O Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal, como já exposto no corpo deste trabalho, aplicou a alteração do momento do interrogatório em seu procedimento especial, fundamentando sua decisão “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.”²³

As alterações na legislação comum podem ser aplicada se utilizarmos o artigo 3º, alínea “a” do Código de Processo Penal Militar que preconiza a aplicação da legislação comum quando da omissão legislativa.

Foram apresentadas decisões favoráveis quanto à aplicação da lei processual comum, no entanto, ainda é muito tímida a manifestação dos tribunais brasileiros quanto esta questão, em especial ao Superior Tribunal Militar. Casa estranheza que nos Estados da Federação em que a Segunda Instância não seja Especializada, como ocorre nos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, que ainda tenha uma jurisprudência conservadora.

O Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, ainda que timidamente e por maioria, reconheceu a possibilidade das partes formularem perguntas ao réu, reconhecendo, assim, indiretamente, a aplicação da Lei nº 10.792/03.

Já se passaram alguns anos desde a edição das alterações comentadas neste trabalho, no entanto ainda está em trâmite a reforma do Código de Processo Penal Militar.

²³ STF, Agravo Regimental na Ação Penal nº 528. Rel. Min. Roberto Lewandowski, v.u, julgado em 24.03.2011.

O direito de liberdade é um bem indisponível e não pode sofrer restrições com a tese de que a norma especial prevalece sobre a norma comum. A falha do legislador deve ser suprida pelo juiz, pois temos sempre a dúvida o que seria melhor: Juízes bons e leis ruins ou leis boas e Juízes ruins.

Infelizmente nosso legislador não tem cumprido seu trabalho corretamente, devendo o intérprete promover a devida hermenêutica, buscando a equidade e o fim da norma, conforme artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim preconiza: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

¹CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

²CARRAZZA, Roque Antônio. **Ob. Cit.**, p. 28.

³PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução ao estudo do Direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, P. 310.

⁴GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 69.

⁶GRECCO FILHO, Vicente. **Ob. Cit.**, p. 47

⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, P. 123.

⁸ROSSETO, Enio Luiz. **A Confissão no Processo Penal**. São Paulo:Atlas, 2001, p. 153.

⁹MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 278.

¹⁰MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª Ed. Vol. I e III. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1998, p. 68

¹¹LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 146.

¹²ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Tribunal de Justiça Militar reconhece a aplicação da Lei Federal nº 10.792/2003 na Justiça Militar Estadual de Minas Gerais**. Revista Jus Vigilantibus. Maio de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/25208>> Acesso em 11.09.2011.

¹³ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p. 81.

¹⁴JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40.

¹⁵FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 5ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 63.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 400.

¹⁷SILVA, Ivan Luis Marques. **Reforma Processual Penal de 2008** São Paulo: RT, 2008, p. 44.

¹⁸TOLEDO, José Roberto. **O interrogatório do acusado no processo penal militar deve se dar ao final da instrução**. In Jusmilitaris. Disponível em: <[http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interrogatorio\(1\).pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interrogatorio(1).pdf)> Acesso em 14.09.2011.