

SÓ MESMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CITAÇÃO E INTERROGATÓRIO NO MESMO DIA¹

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

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

demonstração de efetivo prejuízo suportado pelo acusado”, concluiu o Ministro Roberto Barroso.

E ele é cego ou, para ser politicamente correto, deficiente visual? Ora, é óbvio que entre a citação e a data da realização do interrogatório deve existir um lapso temporal suficiente para que o réu prepare a sua defesa juntamente com o seu advogado, pois, como se sabe o interrogatório é o meio pelo qual o acusado pode dar ao Juiz criminal a sua versão a respeito dos fatos que lhe foram imputados pelo acusador. Por outro lado, é a oportunidade que possui o Magistrado de conhecer pessoalmente aquele que será julgado pela Justiça criminal; representa, ainda, uma das facetas da ampla defesa (a autodefesa) que se completará com a defesa técnica a ser produzida pelo advogado do acusado (art. 261, parágrafo único do Código de Processo Penal).

Como afirma Tourinho Filho, é “pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena”. É, destarte, a oportunidade “para que o Juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração – porque ninguém melhor que o acusado para sabê-lo – e quais os seus motivos determinantes”. Por isso é meritório esse “contato entre julgador e imputado, quando aquele ouvirá, de viva voz, a resposta do réu à acusação que se lhe faz”.²

Ainda a esse respeito, Tornaghi se manifesta no mesmo sentido: “o interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d’alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral”.³

Discute-se na doutrina se o interrogatório é um meio de prova ou um meio de defesa. Hoje, mais do que antes, aceita-se a idéia de que se trata, em verdade, de um meio de defesa, sendo esta a posição adotada por doutrinadores do porte de Tourinho Filho, Bento de Faria e Jorge Alberto Romeiro, dentre outros. Frederico Marques, por sua vez, defendia o contrário. Tornaghi, identificando o problema como uma questão de “política processual” diz que o interrogatório “tanto pode ser aproveitado pela lei para servir como método de prova quanto como instrumento de defesa”, sendo, portanto, “meio de prova quando a lei o considera fato probante (*factum probans*) e é meio de defesa e fonte de prova quando ela entende que ele por si nada prova, mas apenas faz referência ao fato probando e, por isso mesmo, é preciso ir buscar a prova de tudo quanto nele foi dito pelo réu”.⁴

² Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1998, p. 266.

³ Hélio Tornaghi, *Compêndio de Processo Penal*, Rio de Janeiro: José Konfino, tomo III, 1967, p. 812.

⁴ Hélio Tornaghi, *ob. cit.* p. 810.

O Código de Processo Penal italiano, nos seus arts. 64 e 65, deixa claro a intenção do legislador italiano em considerar o interrogatório como meio de defesa, pois, salvo em caso de prisão cautelar, “*la persona sottoposta alle indagini (...) interviene libera all’interrogatorio*”. Ademais, antes de iniciar o interrogatório, o imputado será advertido de seu direito “*di non rispondere*”, excetuando-se os dados de mera identificação, devendo a autoridade judicial informar ao interrogado a respeito dos elementos de prova que pesam sobre ele, bem como as respectivas fontes, salvo “*se non può derivarne pregiudizio per le indagini*”; em seguida o Juiz, “*invita la persona ad esporre quanto ritiene utile per la sua difesa e le pone direttamente domande*” (grifo nosso).

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

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

Veja-se a respeito a lição de Germano Marques da Silva: “*A lei, com efeito, reserva ao arguido, para por ele serem exercidos pessoalmente, certos actos de defesa. É o que acontece, nomeadamente, com o seu interrogatório, quando detido, quer se trate do primeiro interrogatório judicial, quer de interrogado por parte do MP, do direito de ser interrogado na fase da instrução, das declarações sobre os factos da acusação no decurso da audiência e depois de findas as alegações e antes de encerrada a audiência*”.⁵

Ora, tratando-se como efetivamente se trata de um modo de defesa pessoal é evidente que o interrogatório não pode ser considerado, tão-somente, como meio de prova, nada obstante estar disciplinado no Capítulo III, do Título VII do Código de Processo Penal. Não esqueçamos que o interrogado tem direito a se calar, na forma do art. 5º., LXIII da Constituição Federal, atentando-se que o seu silêncio não pode causar-lhe qualquer ônus processual ou mácula à sua presumida inocência. Neste sentido, veja-se o parágrafo único do art. 186, segundo o qual “*o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*.” Se o silêncio está entre os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, inconcebível que o seu uso possa trazer qualquer tipo de prejuízo para quem o utilize.

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

⁵ Curso de Processo Penal, 3ª. ed., Lisboa: Verbo, vol. I, p. 288.

Civis e Políticos de Nova York, assinada em 19 de dezembro de 1966, ambos já incorporados em nosso ordenamento jurídico, por força, respectivamente, do Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992 e do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

Já em 1960, Serrano Alves escrevia uma monografia com o título “*O Direito de Calar*” (Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1960), cuja dedicatória era “*aos que ainda insistem na violação de uma das mais belas conquistas do homem: o direito de não se incriminar*”. Na sua introdução, o autor afirma: “*Este livro é uma calorosa mensagem de esperança dirigida aos mártires da truculência policial e do exagerado arbítrio judicial.*” Nesta obra, advertia o autor que “*há no homem um território indevassável que se chama consciência. Desta, só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, ainda que pela autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que processo for, é sempre atentado, é sempre ignomínia, é torpe sacrilégio.*” (p. 151).⁶

Adepto desta tese, e para finalizar o assunto, Ferrajoli entende que o interrogatório é o melhor paradigma de distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório, pois naquele o interrogatório representava “*el comienzo de la guerra forense*”, “*el primer ataque del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión*”. Contrariamente, continua o filósofo italiano, no processo acusatório/garantista “*informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse*”.⁷

Não sendo, destarte, somente mais um meio de prova, o interrogatório, no entanto, poderá ser considerado uma importante fonte de prova (como ressaltou Tornaghi), sempre que “*ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias*”.⁸

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

⁶ Sobre o tema, leia-se: “*O Dever de Calar e o Direito de Falar*”, texto de Aduato Suannes, publicado na Revista Literária de Direito, abril/maio de 2001, além do trabalho de Miguel Reale Júnior e Heloísa Estellita, “*Contribuinte não precisa prestar informações que possam lhe prejudicar*”, publicado no site www.migalhas.com.br, informativo n.º 671 (07 de maio de 2003).

⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 3ª. ed., Madrid: Trotta, 1998, p. 607. Nada obstante, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, indeferiu pedido de liminar em Mandado de Segurança n.º 31475 impetrado por dois integrantes da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, que pretendiam impedir o presidente da comissão de dispensar o depoimento das testemunhas que, mediante habeas corpus, se recusarem a responder as perguntas formuladas pelos membros da comissão. Nesta decisão monocrática, a Ministra Rosa Weber assinalou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem acolhido a pretensão de investigados ou testemunhas de estender o direito ao silêncio para englobar um suposto direito ao não comparecimento ao depoimento.

⁸ Fernando da Costa Tourinho Filho, *ob. cit.*, p. 223.

for alegada **opportuno tempore**. Esta posição do pretório excelso acompanha o ensinamento de Espínola Filho.⁹

No interrogatório não havia a interferência das partes (antigo art. 187, CPP). Hoje, no entanto, com a redação dada ao art. 188 pela Lei nº. 10.792/03, garantiu-se a participação das partes neste ato processual, mantendo-se, no entanto, o sistema presidencialista (as perguntas são formuladas ao Juiz de Direito que as transmite ao interrogando, salvo em plenário, no Tribunal do Júri: art. 474, § 1º.): “*Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.*”¹⁰

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

A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma: “*Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães.*” (grifos no original).¹¹

Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) “*en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter*” (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).¹²

Mesmo antes desta modificação, já entendíamos que a assistência técnica do advogado deveria sempre ser deferida pelo Juiz, sob pena de não se completar a ampla defesa (só teria havido, então, a defesa pessoal). Nesse sentido já havia decidido o Supremo Tribunal Federal, em liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello, por via da qual se reconheceu, garantindo-o, o direito do advogado de intervir na inquirição do seu cliente pela chamada “CPI do narcotráfico”, sob o argumento de que a Lei nº. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia assim o permite. Nesta decisão monocrática escreveu o Ministro Celso de Mello ser direito do advogado “*manter contacto com o seu cliente,*

⁹ Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal brasileiro anotado, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, vol. V, 1961, p. 430.

¹⁰ Sobre o assunto, conferir o texto de Roberto Delmanto publicado no Boletim IBCCRIM – Ano 15 – nº. 183 – Fevereiro/2008.

¹¹ Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

¹² Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

podendo interferir, nas hipóteses contempladas em lei, com o objetivo de dispensar-lhe efetiva assistência técnica que dê sentido e concreção à garantia constitucional que confere, a qualquer um – indiciado, ou não -, o privilégio contra a auto-incriminação (RDA 196/197 – HC 79.244 – DF)”.¹³ Assim, após as perguntas feitas pelo Juiz de Direito, obrigatoriamente deveria ser deferida oportunidade ao Ministério Público e à defesa para os seus questionamentos.

Quanto ao assistente do Ministério Público, apesar de não ser parte em sentido formal (apenas sujeito secundário da relação processual), não enxergamos qualquer objeção que participe deste ato processual, mesmo porque o art. 271 do CPP permite expressamente que o advogado do assistente faça perguntas às testemunhas. Aqui, prefere-se uma interpretação sistemática em detrimento da interpretação puramente literal¹⁴.

O art. 260 do Código de Processo Penal permite que em caso de não comparecimento injustificado o acusado poderá ser conduzido coercitivamente. Aliás, a este respeito, modificamos entendimento anterior e hoje pensamos que esta disposição do Código de Processo Penal deve ser interpretada à luz da Constituição, não devendo ser mais admitida a condução coercitiva, pois a conveniência quanto ao comparecimento ao interrogatório deve ser aferida pelo acusado e seu defensor, evitando-se a obrigatoriedade de participar de uma “cerimônia de grante”.¹⁵

Neste mesmo sentido, o magistério de Delmanto Jr.:

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

A propósito, veja-se esta decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região:

“CC 2007.02.01.007301-4 - rel. Maria Helena Cisne - j. 27.02.2008 - DJU 24.03.2008 - EMENTA: PROCESSO PENAL – CORREIÇÃO PARCIAL – CONDUÇÃO COERCITIVA DE RÉU DEVIDAMENTE QUALIFICADO E IDENTIFICADO PARA SER INTERROGADO – DESNECESSIDADE – ART. 5º, LXIII, DA CRFB - CORREIÇÃO PARCIAL INDEFERIDA - O comparecimento do réu ao interrogatório, quando devidamente qualificado e identificado, constitui uma faculdade e

¹³ Mandado de Segurança nº. 23.576 – DF – Medida liminar, DJU de 07/12/99.

¹⁴ “A interpretação jurídica, insista-se, não pode ser meramente literal. No dizer do jurista italiano Dellogu, a letra da lei é ponto de partida, não é ponto de chegada!” (Luiz Vicente Cernicchiaro, Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 290).

¹⁵ A propósito, veja-se o texto de Alexandre Duarte Quintans, disponível no endereço: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9198>

não um dever do mesmo. Apenas em situações excepcionais poderá o Magistrado promover a condução coercitiva do acusado, nos termos do art. 260, do CPP.- A CRFB, ao permitir ao acusado calar-se diante do Juiz, demonstra que o interrogatório não é imprescindível para o deslinde da causa, devendo o réu, desde que devidamente citado, arcar com o ônus processual de seu não comparecimento. Correição Parcial indeferida.”

O interrogatório apresenta duas características primordiais:a) A pessoalidade: é um ato personalíssimo, somente podendo ser realizado pelo próprio acusado ou indiciado, não sendo possível a inquirição por procuração.b) A oralidade: é um ato tipicamente oral, devendo ser reduzido a termo no decorrer de sua realização. Excepcionalmente, tratando-se de mudo ou de surdo-mudo as respostas serão dadas por escrito (art. 192, II e III, CPP).

Para Tornaghi, uma terceira característica é a judicialidade, por ser ato processual exclusivo do Juiz. Tal aspecto, para o Mestre, é tão marcante que o art. 6º., V do CPP “*ao ordenar que a autoridade policial ouça o indiciado, evitou o emprego do verbo interrogar e do substantivo interrogatório. Manda ‘ouvir o indiciado’. E conquanto preceitue que isso seja feito com observância das normas reedoras do interrogatório, no que forem aplicáveis, não fala em interrogatório*”.¹⁶ Não elencamos esta característica, pois entendemos que, além de ser possível o interrogatório feito pelo Delegado de Polícia ou mesmo pelo Promotor de Justiça (quando investiga), mesmo quando realizado na fase processual, as partes também dele participam, fazendo perguntas.

Se o acusado residir em comarca diversa do Juízo processante poderá ser realizado o interrogatório mediante a expedição de carta precatória ou carta rogatória, “*se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.*” (art. 222-A, CPP). Neste caso, “*o cumprimento só pode ser recusado nas hipóteses previstas no art. 209 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às normas processuais penais.*”¹⁷ Aplicando este novo dispositivo e sob o argumento de que apenas a tradução das cartas rogatórias, incluindo-se os autos da Ação Penal (AP) 470, custaria R\$ 19,187 milhões às defesas dos réus, que teriam de adiantar esse valor para viabilizar a realização de diligências, o Ministro Joaquim Barbosa determinou a dez réus demonstrem a “*imprescindibilidade*” dos depoimentos de testemunhas arroladas que residem no exterior – mais especificamente nos Estados Unidos, Bahamas, Argentina e Portugal. O acesso aos autos para os juízes que estão no Brasil vem sendo feito em meio magnético, disse o Ministro. “*Já para os juízes rogados (estrangeiros), este simples envio dos CD-Roms com cópia dos autos não seria suficiente, diante da necessidade de tradução*”, explicou Joaquim Barbosa.Tendo em vista exatamente o “*custo astronômico*” do processamento de cartas rogatórias em um processo da dimensão da Ação Penal 470, o despacho deu cinco dias para que os réus digam se querem manter o depoimento dessas testemunhas que moram no exterior. Se a resposta for positiva, o Ministro pede que seja demonstrado qual o conhecimento que essas testemunhas têm dos fatos e a colaboração que podem prestar para o processo. O Ministro

¹⁶ Hélio Tornaghi, ob. cit. p. 812.

¹⁷ STJ – 3ª S. – CC 86.016/SP – rel. Maria Thereza de Assis Moura – j. 08.08.2007 – DJU 20.08.2007, p. 237

pede, por fim, que os réus se manifestem sobre alternativas legais para que essas testemunhas sejam ouvidas, “*por via menos dispendiosa como, por exemplo, optando por sua oitiva no Brasil, através do pagamento de passagens de ida e volta para as mesmas*”. Nesta mesma ação penal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do artigo 222-A e, ao deferir a oitiva, por carta rogatória, de testemunhas arroladas por alguns deles no processo, impôs-lhes o ônus pelo pagamento das custas pela prestação desse serviço jurisdicional. A decisão foi tomada no julgamento de questão de ordem levantada por diversos réus no processo, que reclamavam o custeio, pelo Poder Público, das custas advindas da remessa de cartas rogatórias para ouvir testemunhas no estrangeiro, sobretudo dos gastos de tradução do processo. A maioria dos membros da Corte Suprema ratificou decisão do relator do processo, Ministro Joaquim Barbosa, que rejeitou a maioria dos pedidos de oitiva de testemunhas no exterior, por considerar que eles não satisfaziam aos requisitos do artigo 222-A do CPP, já que não provaram a imprescindibilidade dos depoimentos dessas testemunhas, seu conhecimento sobre os fatos em julgamento e a pertinência deles com a causa. Barbosa considerou, também, que se tratava de manobra procrastinatória, ou seja, que elas tinham por objetivo retardar o julgamento. Por sugestão do Ministro Celso de Mello, a corte decidiu dar prazo de 180 dias para cumprimento das cartas rogatórias que vierem a ser expedidas. A maioria endossou a decisão do Ministro Joaquim Barbosa de expedir carta rogatória para oitiva de apenas três testemunhas residentes em Portugal. O Ministro relatou que diversos réus desistiram da oitiva de testemunhas no exterior, quando confrontados com a obrigatoriedade de pagar custas. Isso o levou a concluir que, na verdade, tais pedidos não eram imprescindíveis e tinham apenas finalidade procrastinatória. Na votação, ficaram vencidos os ministros Celso de Mello, Eros Grau e Cezar Peluso, que queriam abrir a possibilidade de oitiva de maior número de testemunhas, dentro do número máximo permitido em lei e no prazo estabelecimento para cumprimento das diligências. O Ministro Celso de Mello lembrou que o STF tem decidido no sentido de dar aos réus todas as possibilidades de apresentação de provas permitidas em lei. Prevaleceu, entretanto, a decisão de atribuir ao relator do processo a responsabilidade pela seleção daqueles pedidos que preencherem os requisitos do artigo 222-A do CPP. E, como a maioria entendeu que Barbosa já havia feito um julgamento seletivo dos pedidos, ratificou a decisão dele.

Esta possibilidade é pacificamente aceita pela jurisprudência e por grande parte da doutrina, apesar de ser sempre aconselhável que o Juiz do processo interrogue o respectivo acusado, pelos motivos já explicitados no início deste trabalho. De toda forma, a enormidade do território brasileiro obriga aceitar-se a realização do interrogatório mediante carta precatória.

Ainda que o réu seja uma daquelas pessoas referidas no art. 221 do Código de Processo Penal, não terá a prerrogativa de marcar data, horário e local para o interrogatório, pois tal dispositivo refere-se à produção da prova testemunhal. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº. 27045, tendo como relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Nesta ação, um Deputado Federal alegou ter direito de, por sua condição de parlamentar, combinar local, data e hora em que seria interrogado pelo juiz da 10ª. Vara Federal do Distrito Federal, no curso da Ação Penal Originária nº. 470. O relator confirmou que o art. 221 do CPP realmente garante esse direito para autoridades específicas, mas apenas para a produção de prova

testemunhal. Este artigo faz parte do Título VII (da Prova), Capítulo VI (das Testemunhas), do CPP, explicou. “*No caso em análise o impetrante foi citado para ser interrogado (como réu), e não para prestar depoimento na qualidade de testemunha*”, frisou o relator.

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

No interrogatório podemos distinguir duas fases: a) na primeira, a autoridade interrogante perguntará ao interrogado a respeito de seus dados pessoais visando a uma perfeita identificação, além de fornecer subsídios para uma posterior e correta aplicação da pena (art. 187, § 1º.); b) de mérito ou de conteúdo: serão feitas as perguntas indicadas nos incisos I a VIII do art. 187 e nos arts. 189 e 190, CPP que não são exaustivas, podendo outras ser formuladas a depender das circunstâncias da infração.

Observa-se que a fase de qualificação e cientificação ao acusado é anterior ao interrogatório propriamente dito (art. 186, **caput**). Assim, qualifica-se e se cientifica o réu, para depois interrogá-lo.

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

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

Em posição contrária, defende Ferrajoli “*el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio, para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales*”.¹⁸

¹⁸ Ob. cit., p. 608.

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

Sempre nos pareceu, à vista da garantia da ampla defesa (que pressupõe o exercício da defesa técnica), ser indiscutível poder o advogado orientar o seu cliente durante o interrogatório, mesmo porque *“el defensor interviene en el proceso con la finalidad de conseguir la absolución de su defendido, poniendo a disposicón de este objetivo todos sus conocimientos jurídicos.”*¹⁹

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

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

Aliás, é imperioso destacar que o direito de defesa no processo penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade: *“Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión”*.²⁰

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

¹⁹ Víctor Moreno Catena, Derecho Procesal Penal, Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 143.

²⁰ Klaus Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Barcelona: Ariel, 1989, p. 184.

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

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

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

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

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

Nada obstante, cremos que restaram sem eficácia (apesar de ainda formalmente válidos) vários artigos do Código de Processo Penal, entre os quais o art. 262 (não têm mais condições de produzir seus efeitos e, por conseguinte, de ser aplicados, apesar de não ter havido uma revogação expressa; logo estão em vigência²¹).

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

Sob a ótica do Direito Civil anterior, o acusado menor era aquele sujeito entre 18 e 21 anos, pois, apesar de ser imputável do ponto de vista penal, ainda era considerado pela lei civil uma pessoa relativamente incapaz. Como o maior de 18 anos não é mais relativamente incapaz, é claro que todo réu tem idade igual ou superior a 18 anos²²; contrariamente, quem tem idade inferior a esta, jamaiz, pode ser sequer indiciado em inquérito policial.

²¹ Validade formal ou técnico-jurídica, nas palavras de Miguel Reale. Para o jurista, “a validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo”, enquanto a eficácia refere-se “aos efeitos ou conseqüências de uma regra jurídica. Não faltam exemplos de leis que, embora em vigor, não se convertem em comportamentos concretos, permanecendo, por assim dizer, no limbo da normatividade abstrata.” (Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19ª. ed., 1991, p. 114). Bobbio ensina que “validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica.” Já “o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida.” (Teoria da Norma Jurídica, São Paulo: Edipro, 2001, pp. 46/47).

²² Diz a Constituição, no art. 228, que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

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

Aliás, sobre esta figura, agora desnecessária, Frederico Marques entendia que ela agia como substituto processual, pois “*encarna o interesse do Estado pela efetividade do direito de defesa, pelo que atua em nome próprio, órgão que é no momento daquele interesse estatal*”.²³

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

A constituição de advogado no processo penal pode ser feita por procuração ou por indicação verbal quando da realização do interrogatório, dispensando-se, neste último caso, a juntada do instrumento procuratório. Ainda que inicialmente tenha sido nomeado um defensor dativo, pode o acusado a qualquer momento constituir um profissional de sua confiança (art. 263, **caput**). Neste sentido, o Supremo Tribunal federal decidiu que a nomeação de advogado na etapa de interrogatório substitui a necessidade de procuração ao defensor.

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

A propósito, veja-se a definição de Fenech:

“Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión.. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya”. Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “*que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta*

²³ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 41.

*función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo”.*²⁴

Ressalte-se que o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um representante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a este profissional exercitar a sua defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: *“En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculcado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental”.*²⁵

Segundo Étienne Vergès, *“le défenseur (le plus souvent un avocat), occupe une place primordiale dans l’exercice des droits de la défense, Ainsi, l’article 6§3-c Conv. EDH permet à l’accusé (au sens large) de se défendre lui-même ou d’avoir l’assistance d’un défenseur de son choix.”*²⁶

Admite-se, por exemplo, a interposição de recurso mesmo contra a vontade do réu, pois *“deve, como regra geral, prevalecer a vontade de recorrer, só se admitindo solução diversa quando, por ausência do interesse-utilidade, não seja possível vislumbrar, em face de circunstâncias do caso, vantagem prática para o acusado.”* Isto ocorre porque a regra da disponibilidade dos recursos *“sofre exceções no processo penal, em que a relação jurídica de direito material controvertida é de natureza indisponível, havendo limitações à disponibilidade dos recursos quando estejam em jogo os direitos de acusar e de defender.”* Assim, *“havendo conflito de vontades entre o réu e o advogado, a opinião mais coerente com as garantias da defesa é a de que deve prevalecer a vontade do defensor, que recorreu, não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para melhor garantia do direito de defesa.”*²⁷

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

²⁴ Miguel Fenech, Derecho Procesal Penal, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457.

²⁵ Klaus Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Barcelona: Ariel, 1989, p. 185.

²⁶ Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 42.

²⁷ Ada Pellegrini Grinover e outros, Recursos no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2001, págs. 42 e 130. Nesta matéria trava-se séria divergência jurisprudencial (veja-se na obra citada a página 79). Conferir também excelentes trabalhos de Sergio Demoro Hamilton, publicado na Revista Consulex, n.º. 18, junho/1998, Afrânio Silva Jardim, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º. 07, 1998 e de Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, n.º. 48, junho/1996.