

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**AIRTON DO ESPÍRITO SANTO LIMA**

**O INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL:  
CONSIDERAÇÕES SOBRE O REFLEXO DA LEI 11.719/08 NA LEI DE DROGAS**

**ARACAJU  
2017**

**AIRTON DO ESPÍRITO SANTO LIMA**

**O INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL:  
CONSIDERAÇÕES SOBRE O REFLEXO DA LEI 11.719/08 NA LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Me. Ermelino Cerqueira

**ARACAJU  
2017**

L732i

LIMA, Airton do Espírito Santo

O Interrogatório Como Ultimo Ato da Instrução Criminal: considerações sobre o reflexo da Lei 11.719/08 na lei de drogas / Airton do Espírito Santo Lima. Aracaju, 2017. 66 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

1. Interrogatório 2. Processo Penal 3. Ampla Defesa 4. Lei 11.719/08 5. Lei 11.343/06 I. TÍTULO.

CDU 343.102 (813.7)

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

**AIRTON DO ESPÍRITO SANTO LIMA**

**O INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL:  
CONSIDERAÇÕES SOBRE O REFLEXO DA LEI 11.719/08 NA LEI DE DROGAS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Ermelino Cerqueira  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Daniela Carvalho Almeida da Costa  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

---

Prof. Esp. Ives Melo de Souza  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Manoel e Maria, exemplos de retidão, inspiradores do meu caráter, pelo amor incondicional; à querida esposa, Luzia; e ao querido João, imprescindíveis em minha vida.

.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Deus, Criador, todo poderoso, por ter me permitido a possibilidade de ingressar em tão conceituada instituição de ensino superior, garantindo-me saúde e força para alcançar o sucesso nesta empreitada.

Ao Professor Ermelino Cerqueira, que com sua competência, dedicação e, sobretudo, paciência, me orientou nesta trabalho.

Expresso também meu agradecimento ao Professor Fernando Ferreira, mestre e amigo, por quem tenho respeito e admiração.

À Professora Antonina Gallotti, não só por ter me ensinado, mas por ter me feito aprender.

À Professora Laisa Emanuela, por seu enorme coração, que, mesmo atarefada e sem tempo, cuidou pacientemente das muitas traduções do resumo desta monografia que a enviei. Obrigado pelo incentivo e apoio.

Aos meus irmãos e irmãs, sempre prontos para auxiliar no que eu desejasse.

Formulo agradecimento especial aos amigos Iane Machado, Danyela Carvalho, Jéssica, Isis Lorena, Daniela Caldas, José Martins, Cleomara e Higor Ferreira, companheiros de estudo e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que estarão sempre na minha vida.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

Ninguém, mais do que eu, está disposto a reformar, a abandonar mesmo, como imprestáveis, as opiniões mais queridas, quando recai sobre elas qualquer suspeita de erro. Mas, quero ver razões que me convençam (Tobias Barreto)

## RESUMO

Ao cuidar das reformas realizadas pela Lei 11.719/08, que explicitam mudanças apenas quanto ao Código de Processo Penal, significativamente no que diz respeito ao procedimento, destaca-se o interrogatório do acusado como último ato processual após a instrução criminal, tendo como ideia principal a observância do Contraditório e da Ampla Defesa. Com o julgamento do HC 127.900/AM, em 03 de março de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu expressamente que o procedimento previsto na Lei 11.719/08 deveria também ser aplicado ao Código Processual Penal Militar, bem como na Lei Eleitoral e na Lei 8.038/90, que trata dos crimes de competência originária, passando, nesse sentido, a obedecer ao previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal. Entretanto, quanto à Lei 11.343/06, Lei de Drogas, que também dispensa tratamento distinto daquele observado no Pergaminho Processual Penal, não se verificou afetada pela decisão da Corte Suprema, o que resulta contrassenso quando se analisa os mecanismos processuais da oitiva do acusado gravados nas leis especiais mencionadas. Em vista disso, para compreender as distinções estabelecidas nos procedimentos do interrogatório e o reflexo que o HC 127.900/AM poderá suscitar à Lei 11.343/06, necessário se fez argumentar a respeito das características do interrogatório para tratar das suas finalidades, trazendo a lume sua natureza jurídica. No que tange a esse aspecto, verifica-se que o procedimento estabelecido na Lei 11.719/08 aduz o interrogatório como meio de defesa, visto as garantias e direitos nele presente, decorrentes da perspectiva constitucional corrente. Nesse sentido, a oitiva do acusado ao final da instrução figura mais benéfica ao réu no que se refere, principalmente, a sua autodefesa, bem como à igualdade de condições com a acusação e ampla defesa. Assim, discute-se o deslocamento do interrogatório para o último ato da instrução criminal no procedimento previsto no artigo 57 da Lei 11.343/06, inferindo-se harmonia com o sistema constitucional vigente.

**Palavras-chave:** Interrogatório. Processo Penal. Ampla defesa. Lei 11.719/08. Lei 11.343/06.

## RESUMEN

Al tratar de las reformas realizadas por la Ley 11.719/08, que explicitan cambios sólo en cuanto al Código de Proceso Penal, significativamente en lo que se refiere al procedimiento, se destaca el interrogatorio del acusado como último acto procesal después de la instrucción criminal, teniendo como idea principal la observancia del contradictorio y de la amplia defensa. Con el juicio del HC 127.900/AM, el día 03 de marzo de 2016, el Pleno del Supremo Tribunal Federal decidió expresamente que el procedimiento previsto en la Ley 11.719/08 debería también aplicarse al Código Procesal Penal Militar, así como en la Ley Electoral y en la Ley 8.038/90, que trata de los delitos de competencia originaria, pasando, en ese sentido, a obedecer lo previsto en el artículo 400 del Código de Proceso Penal. Sin embargo, en cuanto a la Ley 11.343/06, Ley de Drogas, que también dispensa trato distinto de aquel observado en el Pergamino Procesal Penal, no se verificó afectada por la decisión de la Corte Suprema, lo que resulta incoherencia cuando se analiza los mecanismos procesales del interrogatorio del acusado grabados en las leyes especiales mencionadas. En vista de ello, para comprender las distinciones establecidas en los procedimientos del interrogatorio y el reflejo que el HC 127.900/AM podrá suscitar a la Ley 11.343/06, necesario se hizo argumentar sobre las características del interrogatorio para tratar de sus finalidades, alumbrando su naturaleza jurídica. En lo que se refiere a este aspecto, se verifica que el procedimiento establecido en la Ley 11.719/08 aduce el interrogatorio como medio de defensa, visto las garantías y derechos en él presente, resultantes de la perspectiva constitucional corriente. En ese sentido, el interrogatorio del acusado al final de la instrucción figura más benéfico al reo en lo que se refiere, principalmente, a su autodefensa, así como en la igualdad de condiciones con la acusación y amplia defensa. Así, se discute el desplazamiento del interrogatorio para el último acto de la instrucción criminal en el procedimiento previsto en el artículo 57 de la Ley 11.343/06, infiriéndose armonía con el sistema constitucional vigente.

**Palabras Clave:** Interrogatorio. Proceso Penal. Amplia Defensa. Ley 11.719/08. Ley 11.343/06.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INTERROGATÓRIO .....</b>	<b>14</b>
<b>3</b>	<b>O INTERROGATÓRIO E SUAS CARACTERÍSTICAS.....</b>	<b>18</b>
<b>4</b>	<b>A NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO .....</b>	<b>22</b>
<b>5</b>	<b>O INTERROGATÓRIO COMO MEIO DE DEFESA .....</b>	<b>26</b>
<b>6</b>	<b>AS NORMAS E SUA PERTINÊNCIA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>30</b>
<b>7</b>	<b>A LEI 11.719/2008.....</b>	<b>34</b>
7.1	Considerações sobre o Interrogatório no Processo Militar .....	37
7.2	Considerações sobre o Interrogatório nas Ações Penais Originárias ..	40
7.3	Considerações sobre o Interrogatório na Lei de Drogas .....	47
7.4	Aplicação do HC 127.900/AM na Lei de Drogas.....	53
<b>8</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>60</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Sobrevindo de um nascente entusiasmo por liberdade e pela proteção social, firmado na incipiente democracia, o advento da promulgação da Constituição Brasileira, em 05 de outubro de 1988, chamada Constituição Cidadã, elevou os direitos e garantias fundamentais a um nível evolutivo até então estranho ao ordenamento jurídico brasileiro.

A repercussão na legislação antes vigente foi evidente, forçando a indicação das normas recepcionadas ou não pelo novo sistema corrente.

No que se refere ao ramo processual penal, os códigos válidos a época (e que ainda assim permanecem, com alterações pontuais e adequadas ao complexo jurídico hodierno), datam de 03 de outubro de 1941, Decreto-Lei nº 3.689 e de 21 de outubro de 1969, Decreto-Lei 1002, respectivamente Código de Processo Penal e Código de Processo Penal Militar, ambos recepcionados pela Carta Política de 1988.

Nesse diapasão, em 23 de agosto de 2006, surge importante atuação legislativa para a precaução e prevenção ao uso indevido de drogas, consubstanciando-se na Lei 11.343/06, Lei de Drogas.

Até então, todas as legislações acima mencionadas seguiam o mesmo rito em relação ao momento do interrogatório do acusado, ou seja, a oitiva do réu ocorria sempre no início da instrução criminal.

Ocorre que em 2008 entra em vigor a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, que, ademais de outros arranjos, modificou o rito do instituto do interrogatório no Processo Penal, o qual deixa de ser o primeiro ato na instrução criminal e passa a ser o seu último ato, sob o pretexto de abraçar mais adequadamente a Ampla Defesa e o Contraditório, decorrência do Devido Processo Legal.

Exatamente por conta dessa mudança no rito do interrogatório, por seu relevante caráter protetivo aos direitos do acusado, surge o questionamento quanto à legalidade e recepção constitucional do artigo 302 do Código de Processo Penal Militar e quanto à constitucionalidade do artigo 57 da Lei 11.343/06, bem como de outras leis especiais, como a Lei 8038/90, por estarem indiferentes às mudanças trazidas pela nova lei ao instituto do interrogatório, haja vista que, no contexto deste ato

processual, tais leis especiais não serem alcançadas pelo que dispõe a Lei 11.719/2008.

Percebe-se que a contraposição entre a norma contida no artigo 400 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/2008 e àquela estabelecida nas legislações extravagantes em comento é transparente: a primeira compreende a oitiva do acusado como último ato da instrução criminal, já as leis especiais preveem o interrogatório como seu primeiro ato.

Tal contraposição correlata ao Código de Processo Penal Militar se encontra superada, eis que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 03 de março de 2016, em sede de Habeas Corpus, HC 127.900/AM, entendeu que, no âmbito do interrogatório, ao processo penal militar, deve-se aplicar o que estabelece a Lei 11.719/08.

Quanto à Lei de Drogas, continua a prevalecer na jurisprudência a legitimidade do interrogatório do réu antes mesmo de serem ouvidas as testemunhas, portanto, como ato inicial da instrução criminal.

Perante isso, observando-se a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal no HC 127.900/AM, que julgou a pertinência da aplicação da Lei 11.719/08 para o Código Processual Penal Militar, no que tange ao momento do interrogatório, o que reforça, nesse aspecto, as garantias decorrentes do Devido Processo Legal, surge a questão problema: Deve a norma encerrada no artigo 57 da Lei 11.343/06, que cuida do mesmo tema abordado na supracitada decisão, sofrer o mesmo tratamento exigido ao Código Processual Castrense?

Conserta com esse quesito questões que irão nortear todo o trabalho:

Qual a interferência que determinada norma jurídica pode sofrer quando estabelecida a hierarquia das normas?

Qual a Natureza Jurídica do interrogatório?

Quais são os aspectos do interrogatório e como afeta a oitiva do acusado?

Assim, o trabalho tem por objetivo geral analisar em que medida, levando em conta a já mencionada decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, a Lei 11.719/08 afeta e se faz relevante no plano da Lei 11.343/06 e outras leis especiais, especificamente, busca refletir sobre o significado das normas; atinar qual a nature-

za jurídica do interrogatório do acusado no processo penal brasileiro; diferenciar o ato previsto nos artigos 7º, 302 e 57, respectivamente, da Lei 8.038/90, do Código Processual Penal Militar e da Lei de Drogas, daquele estabelecido no artigo 400 do Código Penal e entender o significado do interrogatório para o acusado.

O estudo proposta compreende a apresentação das perspectivas de renomados autores sobre o tema do interrogatório e o reflexo que trouxe sobre ele a Lei 11.719/08, com especificidade naquilo que se relaciona ao contexto das leis especiais, nomeadamente o Processo Penal Militar, Lei 8038/90 e, sobretudo, a Lei de Drogas.

Em vista disso e pela contemporaneidade da matéria, este trabalho busca suas razões na confirmação do acatamento às Garantias Fundamentais do acusado, acerca da paridade de armas, diante da Pretensão Punitiva do Estado, especificamente ao momento de realização da oitiva do réu, visto o necessário estribo constitucional à salvaguarda dos Direitos Individuais e Coletivos.

Assim, a relevância deste estudo se descobre na controvérsia entre dispositivos legais que consideram o mesmo tema, contudo os discute diametralmente por ângulos dissemelhantes, gerando questão quanto a sua validade e aplicação no âmbito do Ordenamento Jurídico Brasileiro, necessitando, portanto, do debate animoso que possa cooperar na tentativa de indicar o mais aconselhável para o propósito do modelo constitucional vigente.

O rumo da leitura é base significativa deste trabalho, dispondo do método comparativo, contrapondo institutos e conceitos. Trata-se de pesquisa de natureza qualitativa, que se atenta em compreender a afetação sofrida por leis extravagantes em relação às modificações impostas ao código de Processo Penal, especificamente no que se refere ao seu artigo 400, com as alterações dadas pela Lei 11.719/08, quanto ao interrogatório do acusado, partindo de levantamento bibliográfico, que, por meio de análises interpretativas, externa as divergentes opiniões doutrinárias e jurisprudenciais.

Discorrem os doutrinadores sobre questões desfavoráveis ou não no que tange ao momento do interrogatório, bem como sobre os princípios correspondentes à proteção do acusado, no que se limita a sua oitiva. Tais discussões serão apresentadas em oito seções, constituídas por temas pertinentes e associados, facilitando o

encadeamento de ideias e da relação lógica dos argumentos utilizados pelos autores.

Assim, após a introdução deste trabalho, será abordado na seção 2 a Evolução Histórica do Interrogatório, onde se descrevem os aspectos históricos pertinentes ao tema. Na seção 3, O Interrogatório e suas Características, busca apresentar o conceito e características do interrogatório consagradas pela doutrina. A seção 4 trata da natureza jurídica do interrogatório, onde se estudará as discussões doutrinárias quanto à finalidade do interrogatório. A seção 5, ao analisar o interrogatório como meio de defesa, apresenta a perspectiva doutrinária dominante sobre a finalidade do interrogatório. Na seção 6, observam-se os aspectos das garantias constitucionais presentes nas normas em geral. A seção 7, apresenta comentários sobre a lei 11.719/2008, subdividindo-se em 4 subseções: Considerações sobre o Interrogatório no Processo Militar, Considerações sobre o Interrogatório nas Ações Penais Originárias, Considerações sobre o Interrogatório na Lei de Drogas e a Aplicação do HC 127.900/AM na Lei de Drogas. Por fim, a seção 8, Considerações Finais, onde se apresentará as reflexões apreendidas.

Trata-se, assim, de um estudo que não aspira encastelar o tema, senão contribuir de algum modo com o debate no terreno acadêmico.

## **2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INTERROGATÓRIO**

Esta seção busca explanar momentos históricos importantes pelos quais se perspectivou o interrogatório nas sociedades. Nesse aspecto, necessário que se faça ligeiro passeio na cultura e costume dos corpos sociais que de modo significativo contribuíram para o aperfeiçoamento do instituto do interrogatório.

Importa dizer que as transformações ocorridas não se deram de modo linear, pois o movimento histórico por que passou o instituto conheceu também atrasos e recuos decorrentes das controvérsias estabelecidas em cada época e sociedade.

O direito na Antiguidade teve papel de grande influência para os dias atuais. O Direito Hebreu, por exemplo, possuidor de um sistema jurídico complexo, baseado na religião, apresentando imutabilidade das normas, foi, nas palavras de Tristão (2009),

[...] muito provavelmente, o primeiro que via o interrogatório como meio de defesa. A confissão era considerada um ato contrário à natureza, algo que uma pessoa em sã consciência não realizaria, pois implicava chamar para si o flagelo da condenação e do castigo pela condenação, presumindo que estaria dispondo o próprio corpo, e da própria vida, que segundo escritos antigos daquele povo, estes não pertenciam à pessoa, mas sim à Deus, equivalendo ao suicídio, condenado pela religião [...]. (TRISTÃO, 2009, p. 62).

Também na idade antiga não há que se olvidar do vasto Império Romano, onde o sistema jurídico acolhia a autoacusação e a confissão do acusado, admitindo a tortura e, embora existisse uma presunção de inocência, o acusado, ao entrar no processo, defendia-se, basicamente, contestando a ação.

O magistério de Adalto Dias Tristão (2009) assevera que na antiguidade “[...] existem resquícios das garantias consideradas modernas, como o direito ao silêncio e proibição do uso da tortura, empregadas nos dias de hoje, e que são identificadas pelos doutrinadores como presentes em épocas remotas.”, o que leva a inferir que muitos dos institutos existentes hodiernamente apenas passaram por uma adequação para se conformar com os anseios da sociedade onde são admitidos.

Observa Tristão (2009) que na Idade Antiga o processo penal tinha como perfil o aspecto defensivo do interrogatório, pois que nesta época se tinha o sistema acusatório, ainda que vetusto, como modelo prevalente.

Sobre o tema Aury Lopes Júnior (2008):

[...] pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. (LOPES JR, 2008, p.56).

Interessa fazer a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório, ilustrando as suas principais características. Na concepção de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014), estes são modelos processuais que se diferenciam por conta dos seguintes aspectos:

[...] no sistema acusatório, além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação; já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se inicia com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento. (OLIVEIRA, 2014, p.10).

Assim, depreende-se que os Estados, de acordo com as necessidades inerentes à época, bem como os seus costumes e cultura, passam a adotar um sistema conveniente que proporcione maior ou menor grau de liberdade.

Sendo assim, os sistemas inquisitivo, acusatório e misto, sendo este último também chamado de acusatório formal, são as três modalidades que o Estado poderá se valer para a persecução penal.

Quanto ao sistema inquisitivo, o autor aponta que o poder de acusar e julgar estão concentrados em apenas um órgão do Estado. Suas origens remontam a Roma antiga. No que tange o sistema acusatório predomina a separação entre acusação e juiz, sendo característica do órgão julgador a imparcialidade. Tem origem grega e romana. Já no sistema misto ocorre uma mescla dos sistemas inquisitivo e acusatório, em fases distintas: instrução preliminar (inquisitiva) e julgamento (acusatório). Teve suas origens após a Revolução Francesa.

Nesse toar, discorre Tristão (2009) que o maior reflexo do interrogatório para o acusado está relacionado com o sistema empregado para orientar o processo penal. Depreende que no processo penal aplicado no século XII no mundo ocidental empregava-se o sistema acusatório em virtude da influência do catolicismo nas decisões do Estado, sobretudo no campo punitivo, bem como no intuito de firmar o poder dos monarcas e a manutenção dos privilégios e o poder dos senhores feudais.

O sistema inquisitório passou a ser o predominante a partir do século XIII, período em que a tortura era usada amplamente como meio de confissão. O marco histórico dessa fase se inicia em 1215, com Concílio de Latrão.

Nos Tribunais do Santo Ofício, com a Inquisição, no século XIII, combatia-se a heresia. Posterior desvirtuamento do instituto favoreceu o absolutismo do rei. Nestes tribunais o interrogatório tinha natureza probatória, servindo, além de meio para a confissão, igualmente oportunidade para o acusado arrepender-se dos pecados. A tortura era amplamente utilizada.

Sem embargo, apesar dos abusos cometidos, conforme aduz Haddad (2000), não se pode ignorar a contribuição da Inquisição ao sistema processual, pois foi neste momento histórico que as provas passaram a ser mais rigorosamente analisadas, quando ocorre a separação das fases instrutórias dos debates e quando se permite maior significação ao aspecto psicológico do crime. Esses méritos do sistema inquisitório empregados no século XIII, portanto, representaram determinado progresso para a época, os quais até hoje estão compreendidos na amplitude das ciências criminais.

Destaque-se que, coadunando com o dito anteriormente a respeito das relações culturais e sociais e da opção dos Estados por um sistema conveniente que proporcione maior ou menor grau de liberdade, apesar de toda a Europa adotar, à época, o sistema inquisitorial, a Inglaterra, por não sofrer da influência católica dominante, permaneceu com o sistema acusatório. Diga-se que foi nesse contexto que se engendrou o registro fundacional do Devido Processo Legal, a Magna Carta, agasalhando o “Law of the land”.

Já no século XVIII, na Idade Moderna, os ideais iluministas gravam importantes avanços no processo penal, firmando, entre outros institutos, o da vedação à autoincriminação. Os direitos e as garantias individuais passaram a incidir mais fortemente e, em 1764, com a obra de Cesare de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, surge a perspectiva de um novo sistema processual penal no qual se buscava aperfeiçoar um modelo harmonioso com a Dignidade da Pessoa Humana.

Atualmente,

[...] o processo penal moderno já superou o modelo de *duelo*, *disputa* ou de *luta*, no qual, a partir de uma *suposta* e *discutível* premissa de *igualdade entre as partes*, vence aquele que atuar melhor e de maneira mais eficiente. Para nós, este é um modelo *medieval*, típicos de ambientes que se utilizam de retórica da igualdade (que ali é sempre formal) com o reforço de legitimidade de um sistema que só aparentemente é democrático. (OLIVEIRA, 2014, p. 12).

Nesse toar, percebe-se a evolução do interrogatório do processo penal para se fundar em legítimo meio de defesa, considerando as mudanças trazidas pela Lei 10.792/2003, quanto ao silêncio ou à participação do acusado no interrogatório, sem que lhe seja atribuído qualquer prejuízo por sua escolha.

Ademais, ao cuidar das reformas realizadas pela Lei 11.719/08, que explicitam mudanças quanto ao procedimento do Código de Processo Penal, significativamente no que diz respeito ao procedimento, destaca-se o interrogatório do acusado como último ato após a instrução criminal, tendo como ideia principal a observância do Contraditório e da Ampla Defesa, em decorrência do Devido Processo Legal, garantindo, dessa forma, a igualdade processual.

Assim, o interrogatório, diante da expectativa constitucional de abranger os Direitos Fundamentais, porta-se, por sua estrutura mais contemporânea, estabelecida pela lei 11.719/2008, como âmbito protetivo ao acusado no que concerne às garantias decorrentes do Devido Processo Legal.

### **3 O INTERROGATÓRIO E SUAS CARACTERÍSTICAS**

Esta seção objetiva apresentar algumas características inerentes ao interrogatório do acusado no processo criminal. Importa refletir sobre tais aspectos a fim de relacioná-los com a perspectiva do processo penal constitucional. Assim, procura-se assinalar algumas das peculiaridades do interrogatório, como o conceito, suas características, e as condições e circunstâncias em que se realiza.

Nas palavras de Nestor Távora e Fábio Roque (2015), o interrogatório representa o momento do processo em que o acusado é inquirido para que apresente a sua versão do fato, se assim desejar, fazendo, nesse sentido, sua autodefesa.

No magistério de Adalberto Tristão (2009):

[...] interrogatório judicial é o ato processual, personalíssimo, presidido pelo Juiz Criminal, realizado através de perguntas dirigidas ao acusado, objetivando a coleta de dados a cerca do fato delituoso e que oportuniza ao acusado apresentar a sua versão dos fatos que lhe estão sendo imputados, defendendo-se deles, caso queira (TRISTÃO, 2009, p. 187)

Já Caliari, Carvalho e Lépore (2015), de modo sintético, porém muito didático, conceituam o interrogatório como “[...] o fato de alguém submeter outra pessoa a uma série de perguntas. Conjunto de perguntas.” (CALIARI, CARVALHO, LÉPORE, 2015, p.88).

Embora possa parecer um conceito simplista, é de uma nitidez que não confunde.

Ensinam os autores acima mencionados que a discussão a respeito do interrogatório deve sempre estar relacionada ao fato delituoso, suas circunstâncias e vicissitudes. O réu não está obrigado a responder as perguntas, haja vista o direito de não produzir prova contra si mesmo, tendo, portanto, o direito constitucional ao silêncio, sendo que isso não pode implicar qualquer prejuízo.

Importante destacar que o acusado, antes do interrogatório, terá o direito a ser entrevistado reservadamente pelo seu defensor, como explana Távora (2016):

[...] A negativa de entrevista prévia viola “direito sensível”, que viola “norma sensível”, protetiva de direitos individuais de primeira geração, sendo passível de invalidação em razão da nulidade absoluta que decorre do vício. Com muito mais razão, não se admitem os chamados “interrogatórios duros”, expressão que designa a tomada de depoimento sob coação, tortura ou qualquer tipo de violência física ou moral. (TÁVORA, 2016, p. 913).

Por tal razão, a presença do advogado é imprescindível, sendo, portanto, obrigatória.

Nesse sentido, pode-se entender que interrogatório é um procedimento criminal que visa a busca da verdade material, pois que, ao apresentar sua versão, o acusado identifica as circunstâncias do ocorrido, bem como esboça a sua defesa, ainda que permaneça em silêncio, sendo por isso um dos momentos mais importantes relacionados aos atos processuais. Assim,

[...] trata-se do ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a 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. (NUCCI, 2014, p. 393).

No que se refere às características do interrogatório, importante conhecer alguns aspectos quanto a sua aplicação, limites e condições. Segundo Caliari, Carvalho e Lépure (2015),

[...] as características do interrogatório são: a) ato público (exceto art. 792 § 1º, CPP); b) obrigatoriedade (art. 185, do CPP), c) ato personalíssimo (autodefesa) – art. 187 § 2º, 189, 190, CPP; d) judicialidade, pois deve ser feito na presença do juiz; e) possibilidade de intervenção das partes. (CALIARI, CARVALHO, LÉPURE, 2015, p.88).

Assim, ensinam Távora e Roque (2015) que o ato é público quando realizado a portas abertas, tendo, entretanto, excepcional restrição no caso de garantia à regularidade do ato. Obrigatório, pois que o momento de sua realização não pode ser arbitrariamente suprimido, e personalíssimo por não ser realizável por pessoa interposta.

Nessa esteira, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014) explica que:

[...] o interrogatório do acusado somente se realizará após a apresentação escrita da defesa (art. 396, CPP) e, na audiência una de instrução (art. 400, CPP), após a inquirição do ofendido, das testemunhas (de defesa e de acusação) e até dos esclarecimentos dos peritos, acareação e demais diligências probatórias que devam ali ser realizadas. É dizer, o interrogatório é o último ato da audiência de instrução, cabendo ao acusado escolher a estratégia de autodefesa que melhor consulte a seu interesse. (OLIVEIRA, 2014, p. 379).

Como se verifica, Oliveira (2014) descreve o rito concernente à Lei nº 11.719/2011, a qual estabeleceu, além de outras modificações, o interrogatório como último ato da instrução criminal.

Destarte, observando o disposto no artigo 394, do Código de Processo Penal, verifica-se a existência de dois tipos de procedimento, comum e especial. Convém, então, distingui-los.

O procedimento é “[...] a forma de desenvolvimento do processo, delimitando os caminhos a serem seguidos na apuração judicial do caso penal” (OLIVEIRA, 2014, p. 678), é, nesse sentido, a forma de encadeamento e exteriorização do processo.

Quando não há procedimento especial previsto em lei, o rito a ser empregado na solução de um conflito é o comum. Por conseguinte, o procedimento comum é a regra, aplicando-se a todos os processos, exceto na existência de lei com rito específico ou no caso de disposição diversa presente no próprio Código de Processo Penal (artigo 394, § 2º).

Consequentemente, fica claro que os procedimentos especiais são aqueles disciplinados em lei.

No procedimento comum os ritos podem ser ordinário, sumário ou sumaríssimo, como prescreve o artigo 394, § 1º, do Código Processual Penal, dessa maneira:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.

Alerte-se que o mencionado artigo sofreu alteração devido à Lei 11.719/08, das quais destaca Oliveira (2014) como as mais importantes, correspondentes aos ritos ordinário e sumário, a adição do interrogatório como último ato da instrução, considerando-o como meio de defesa, e a apresentação de resposta escrita após a citação.

Debate a doutrina e a jurisprudência o alcance proveniente dessas alterações estabelecidas pela Lei 11.7019/08 no âmbito do processo criminal especial, quanto à subsidiariedade do Código Penal ou se há ilegalidade ou mesmo inconstitucionalidade na existência de rito próprio de oitiva do acusado. No que diz respeito à jurisprudência, conflitam decisões entre os tribunais superiores, mesmo entre suas turmas, exceção recentíssima ao que concerne ao Código de Processo Penal Militar, visto a decisão do Superior Tribunal Federal no HC 127.900/AM, em que, pacificando a questão, entendeu que a exigência da realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, deve ser aplicada no processo penal militar.

A redação imposta pela Lei 11.719/2008, no que tange o interrogatório do acusado, se presta a fortalecer as teorias e objetivos dos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

Nesse diapasão, lembra Nucci (2014) que a Ampla Defesa objetiva garantir:

[...] vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar

equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente (NUCCI, 2014, p. 23)

Enquanto o Contraditório visa assegurar que não haja inculpação ou manifestação que não possa ser contraposta, possibilitando igualdade da relação no processo.

É, portanto, o interrogatório um ato personalíssimo, haja vista a garantia ao acusado de ser interrogado (artigo 564, III, “e”, do código processual penal), sendo privativo ao juiz proceder ao interrogatório, na forma do artigo 187 do Código de Processo Penal e não preclusivo, pela inteligência do artigo 196 do mesmo código.

Disto, conclui-se que a participação e intervenção do acusado e o equilíbrio na manifestação das partes, portanto, configuram características de todo processo no contexto penal, observando-se que a falta de defesa técnica ao acusado é causa de nulidade absoluta, como se infere do artigo 564, III, “c” do Código de Processo Penal.

#### **4 A NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO**

Aqui se tem a oportunidade de fazer uma sintética análise a respeito da noção geral das finalidades do interrogatório e suas variadas correntes. O estudo da natureza jurídica permite compreender o posicionamento do interrogatório como primeiro ou último ato da instrução processual e qual proveito para o acusado poderá ser considerado.

O Código de Processo Penal, conforme observa Távora e Roque (2015), trata o interrogatório como meio de prova, haja vista sua posição topográfica, inserto no capítulo reservado às provas.

No entendimento de Adalto Dias Tristão (2009), entretanto, o posicionamento do interrogatório no Título VII, Capítulo I do Código de Processo Penal, não define a sua natureza jurídica, senão dificulta defini-la.

Nesse aspecto, no que diz respeito ao processo penal constitucional, o acusado é considerado um sujeito de direitos e, mesmo quando o interrogatório venha a ser entendido como meio de prova, percebe-se a sua natureza mista, ou seja, tanto meio de prova quanto meio de defesa.

Nesse raciocínio, segundo Guilherme de Souza Nucci (2014), existem quatro posições quanto a natureza jurídica do interrogatório. A primeira acolhe a ideia de ser o interrogatório fundamentalmente meio de prova, posição defendida por Camargo Aranha. A segunda entende-o apenas como meio de defesa, como sugere Ada Pellegrini Grinover e outros doutrinadores igualmente renomados. A terceira corrente capitaneada por nomes como Mirabete, Greco Filho, Vicente de Azevedo, Carnelutti e muitos outros, reconhece como híbrida a oitiva do acusado, sendo, portanto meio de defesa e de prova. Por fim, há aqueles que se posicionam com a tese de que o interrogatório é, primordialmente, meio de defesa, considerando secundariamente a possibilidade de fonte de prova, tendo, nesse sentido, doutrinadores do quilate de Hernando Londoño Jiménez e Ottorino Vannini.

Na concepção de Ronaldo João Roth (2014), o interrogatório tem natureza jurídica híbrida e explica que:

[...] situamos o interrogatório como meio de prova e meio de defesa diante da disciplina do CPPM e diante da garantia constitucional do direito ao silêncio. O próprio Superior Tribunal Militar (STM) já reconheceu a dupla face do interrogatório como meio de prova para o julgador e meio de defesa para o réu (ROTH, 2014, p. 16).

Seguindo um rumo histórico, Nucci (2014) aponta que o sistema anteriormente adotado pelo Código de Processo Penal previa o interrogatório como primeiro ato da instrução criminal e por essa concepção, outrora abraçada, encontra o que se estabelece favorável e desfavorável na oitiva do acusado, como se verifica:

[...] vantagens: a) o réu tem a chance de ofertar a sua autodefesa, esclarecendo o que bem quiser ao magistrado, em primeiro lugar, antes mesmo da manifestação técnica de seu defensor. Consagra-se uma autêntica *contestação verbal*; b) pode o acusado optar pelo silêncio e nenhuma declaração fornecer, não se podendo levar em conta essa posição adotada para a formação do convencimento do julgador; c) ao dar sua versão acerca dos fatos que lhe foram imputados, *antes* da instrução, pode auxiliar o magistrado a fazer as perguntas certas às testemunhas, pois já possui as teses tanto da acusação como da defesa. Desvantagens: a) o réu, sem ouvir o que as testemunhas têm a dizer sobre os fatos, é levado a contrariar a acusação. Por isso, às vezes, exemplificando, admite a autoria, alegando qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade, quando, na realidade, nenhuma prova contundente quanto à sua participação no delito se formará depois. Em suma, *admite* a prática do crime sem necessidade; b) a melhor defesa é sempre a última

palavra, pois já se tem um quadro global do que foi produzido pela acusação. (NUCCI, 2014, p. 395).

Por tais razões, parte da doutrina compreende que o interrogatório não é apenas meio de prova, mas, de forma mista, também meio de defesa, sendo o acusado um sujeito de direitos, como consequência do garantismo constitucional que surge com a promulgação da Carta Política de 1988. Por isso e por ser um direito do réu, não o oportunizar poderá levar à nulidade do ato, caso haja prejuízo ao réu.

Ilustrando esse raciocínio, oportuno destacar o HC nº 82.933-3/SP, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie:

1 - Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC nº 24.464/SP, rel. Min. Vicente Leal). O paciente foi condenado a 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, com cumprimento inicial no regime fechado, e a 14 (quatorze) dias-multa, com valor unitário no mínimo legal, como no artigo 157, § 2º, I, II e V do Código Penal (roubo qualificado) (fl. 149, apenso). A Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo manteve a condenação, expedindo mandado de prisão em seu desfavor (fl. 193, apenso). A decisão transitou em julgado (certidão de fl. 205, apenso). O acórdão impugnado concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus para fixar o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente (fl. 17). O paciente, revel durante a instrução criminal, alega nulidade do acórdão do Tribunal de Alçada Criminal, em razão da não ter sido interrogado, mesmo após ter sido intimado pessoalmente da sentença condenatória (art. 185 c/c art. 564, III, e e IV do Código de Processo Penal). Aduz a deficiência da defesa técnica, que teria mantido em sua guarda documentos que comprovariam a inocência do paciente. Requer a concessão de liminar para que possa aguardar o julgamento do writ em liberdade, e permanecendo nesta condição após a ratificação do pedido pretendido. Pretende, ao final, a anulação da ação penal, renovando-se o julgamento da apelação, determinando-se a oitiva do paciente para, após, nova oferta de razões com os fatos novos trazidos. 2 - O STJ assim se manifestou no acórdão impugnado (fl. 17): "(...) Quanto à nulidade da sentença condenatória, bem como do v. acórdão vergastado, sob a invocação de deficiência de defesa, alega-se que apesar de revel no curso da ação penal, foi o paciente pessoalmente intimado da sentença que o condenou e, sendo assim, deveria ter sido interrogado. A matéria foi adequadamente analisada pela douta Suprocuradoria-Geral da República, que sobre o tema emitiu exaustivo pronunciamento. Basta que se destaque o seguinte trecho, expressivo quanto à insubsistência da alegação: 'Com efeito, o v. acórdão ora recorrido rebateu satisfatoriamente a assertiva de nulidade do decisum singular, e, salvo melhor juízo, não ostenta mácula alguma a ensejar censura, pois, no particular, ficou muito bem evidenciado que o paciente furtou-se a inúmeras tentativas de ser encontrado, em razão inclusive de preventiva decretada em seu desfavor. Declarado revel, portanto, teve a ação penal seu curso regular, ao fim do qual sobreveio justa condenação. Não

socorre, ademais, a alegação de defesa deficiente, porquanto nos orienta a Súmula 532, do STF, no sentido de que 'no processo penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu'. In casu, não restou demonstrado qualquer prejuízo ao paciente.' (fls. 265) Tenho que o pronunciamento acima reflete a exata compreensão do thema sub iudice, em face do que incorporo a este voto, utilizando-os como razão de decidir.(...) "Num exame prefacial, as razões que fundam o acórdão impugnado se sobrepõem àquelas ventiladas no writ. Além disso, o impetrante procura demonstrar o prejuízo decorrente da deficiência da defesa técnica mediante a não utilização de documentos que teria em seu poder e que comprovariam que o paciente estaria em local diverso ao tempo do crime. Observo, entretanto, que as datas em que firmadas as declarações (fls. 20, 39-41) são posteriores à data de julgamento da apelação (7.8.2001), o que, por si só, torna contraditória a alegação. Quanto à suposta violação ao art. 185 do CPP, observo que a matéria não foi deduzida nas razões da apelação (fl. 152). O STF entende que a falta do ato de interrogatório constitui nulidade relativa, devendo ser alegada oportunamente, sob pena de preclusão. Colho precedente: "HABEAS CORPUS" - AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NULIDADE RELATIVA - CONVALIDAÇÃO PELA FALTA DE OPORTUNA IMPUGNAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM INDEFERIDA.- A falta do ato de interrogatório em juízo constitui nulidade meramente relativa, suscetível de convalidação, desde que não alegada na oportunidade indicada pela lei processual penal.- A ausência da arguição, 'oportuno tempore', desse vício formal, opera insuperável situação de preclusão da faculdade processual de suscitar a nulidade eventualmente ocorrida. Com essa preclusão temporal, registra-se a convalidação do defeito jurídico apontado.- A nulidade relativa, qualquer que ela seja, ocorrida após a prolação da sentença no primeiro grau de jurisdição, deve ser argüida, sob pena de convalidação, nas razões de recurso. Precedentes da Corte." (HC 68.490/DF, de 16.4.1991, rel. Min. Celso de Mello) 3 - Ante o exposto, indefiro a medida liminar. Estando os autos suficientemente instruídos, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 27 de março de 2003. Ministra Ellen Gracie Relatora (STF - HC: 82933 SP, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 27/03/2003, Data de Publicação: DJ 04/04/2003 PP-00069)

Portanto, verifica-se que a demonstração do prejuízo para o réu quanto à ausência do interrogatório, poderá constituir nulidade.

No que concerne ao direito ao silêncio do acusado, insculpido no art.5º, incisos LVII e LXIII, da Constituição Federal (Princípios da não autoacusação e da ampla defesa) e no art. 186 do Código de Processo Penal, Caliari, Carvalho, Léporé (2015, p. 89), explica que "[...] na atual prática profissional, [...], em que pese a vedação legal consistente no prejuízo do acusado, é mal vista e raras vezes forma juízo negativo em face do acusado."

Assim, esclarecem que

[...] as perguntas devem versar sobre o fato delituoso, o que se está apurando e a própria pessoa do criminoso. O comparecimento é um ônus e se não comparecer será declarado revel. O juiz pode compelir o comparecimento do réu (art. 260, CPP), mas não pode obriga-lo a prestar interrogatório (nemo tenetur detegere). (CALIARI, CARVALHO, LÉPORE, 2015, p.88).

Já se referiu algures que o interrogatório é um procedimento que, no campo criminal, intenta o caminho da verdade material, haja vista o acusado, ao demonstrar sua perspectiva do fato apurado, pode revelar o cenário do sucedido e igualmente traçar modos de defesa. Revela-se, repise-se, um dos momentos mais importantes dos atos processuais.

Dessa forma, extraindo a percepção das assertivas acima classificadas, ao se examinar a natureza jurídica do interrogatório no processo criminal, observa-se que a opção por uma ou outra corrente doutrinária pode trazer marcante influência na sua estrutura procedimental, pois, por exemplo, ao se entender o interrogatório apenas como meio de defesa, já que conhecendo as evidências contra e a favor, o acusado exerceria sua autodefesa, melhor topografia seria como último ato da instrução, enquanto que somente como meio de prova, buscando-se a verdade material pela argumentação do réu, melhor que fosse o primeiro ato.

## **5 O INTERROGATÓRIO COMO MEIO DE DEFESA**

A compreensão histórica do interrogatório, antes admitido como meio de prova e hoje, também, como meio de defesa, permite estabelecer a influência dos Direitos Fundamentais, insculpidos na Constituição e no Processo Penal Brasileiro.

A influência Constitucional se faz no âmbito do garantismo, que transporta os princípios e a aplicação normativa constitucional para todo o processo, e não só aquele contido no Código de Processo Penal, senão a todos os sistemas processuais.

Assim, grosso modo, o processo deve girar em torno da defesa do acusado, no tocante ao princípio da paridade de armas, sendo que a inobservância de tal princípio ocasionaria a nulidade absoluta do ato.

Quanto ao tema, Nucci (2014) explica que:

[...] o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui *meio de prova* inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo. (NUCCI, 2014, p. 394).

Infere-se que o autor entende o interrogatório com caráter principal de defesa e, secundariamente, de prova, haja vista ser o momento em que o réu poderá demonstrar a sua versão a respeito do ocorrido, bem como calar-se, já que lhe é garantido o direito ao silêncio.

Nesse sentido, das quatro posições doutrinárias a respeito da natureza jurídica do interrogatório, Nucci (2014) opta por aquela que admite o interrogatório como meio de defesa, sem ousar deixar de lado que a argumentação do acusado possa caracterizar algum indício de prova.

Nesse aspecto, vê como melhor opção que o interrogatório se faça como último ato da instrução criminal, visto compreender que, ao conhecer as acusações que lhe são imputadas, o acusado exerce seu direito de contraditório e ampla defesa, consagrando o Devido Processo Legal, garantido pela Constituição Federal.

Sobre a perspectiva do interrogatório apenas como meio de defesa, discorre Eugênio Pacelli de Oliveira (2014) que:

[...] trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, constrangido ou obrigado a fazê-lo. E a conceituação do interrogatório como meio de defesa, e não de prova (ainda que ostente valor probatório), é riquíssima em consequências” (OLIVEIRA, 2014, p. 380).

Dentre a principal consequência se deduz a igualdade processual, correspondente à exigência da aplicação dos Direitos Fundamentais nos atos e procedimentos praticados pelo Estado.

Por essa disposição, se compreende imprescindível no processo penal as garantias de paridade entre as partes, sem o que não há que se falar em Devido Processo Legal, posto que o Contraditório e a Ampla defesa, princípios daquele decorrente, são inerentes ao desenvolvimento processual.

Esta opinião é também compartilhada por Toledo (2015) ao enfatizar o papel da Carta Política na inspiração do processo penal brasileiro:

[...] 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 escolha 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 das provas que a sustentam, oportunizando a eleição da melhor estratégia para a defesa pessoal perante o juiz criminal (TOLEDO, 2012, p. 4-5).

Em harmonia com isso, ensina Moreira (2008) que as mudanças ocorridas na oitiva do acusado, estabelecidas pela Lei 11.719/08, apontam o fortalecimento da ideia do interrogatório como autêntico e significativo meio de defesa.

Também corroborando com esse raciocínio, a respeito do tema, explicam Grinover, Filho, Fernandes e Gomes (2005) que:

“[...] o interrogatório é o momento mais importante da auto-defesa; é a ocasião em que o acusado pode fornecer ao juiz sua versão pessoal sobre os fatos e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do direito de defesa, inclusive pela faculdade de permanecer em silêncio (art. 5º., LVIII, CF).” (GRINOVER, FILHO, FERNANDES, GOMES, 2005, p.192).

Em consonância com o exposto acima, Miguel e Coldibelli (2009), constataam a importância, no processo, do interrogatório como meio de defesa e não tão somente como meio de prova, expondo que o

[...] contraditório significa a exigência de se ter ciência de todos os documentos anexados aos autos pela outra parte; de apresentar prova e contraditar; de argumentar e contra-argumentar; de alegar e contra-alegar. Este é o princípio constitucional, inscrito no artigo 5º, LV, e sua inobservância leva à decretação de nulidade do processo, sem que seja necessária a demonstração de prejuízo pela parte, pois trata-se de nulidade absoluta (MIGUEL, COLDIBELLI, 2009, p.57-58).

Nesse passo, Távora (2016) adota o interrogatório como meio de defesa, explicando que essa posição cresce entre os doutrinadores na esteira de que o acusado pode invocar o direito ao silêncio sem que sofra prejuízo. Para ele importa con-

siderar por consequência própria do interrogatório como meio de defesa a sua relação com o Princípio Constitucional da Ampla Defesa.

Assim, embora o autor reconheça a forma híbrida do interrogatório, enfatiza que este ato processual está firmado como meio de defesa, pois, ademais do direito de se manter calado, tem o acusado, igualmente, a faculdade de não comparecer ao interrogatório, não sendo-lhe tal escolha, portanto, prejudicial.

Além disso, ensina Tristão (2009), que a própria opção do constituinte pelo sistema acusatório importa a preferência do interrogatório como meio de defesa no que se constitui o sistema constitucional-processual-penal no Brasil.

Nesse sentido, assevera Tristão (2009) que a Lei 10.192/2003 reforça a natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa, pois enfatiza a defesa técnica no momento da oitiva, afirmando o Devido Processo Legal. A previsão constitucional do instituto da defesa técnica está presente no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República.

Assim:

[...] a visão probatória, predominante no processo penal à época da promulgação do CPP, encontra-se ultrapassada; a Constituição Federal de 1988, que consagrou as diversas garantias inerentes a um processo acusatório, mas sobretudo assegurou expressamente o direito ao silêncio, em seu art. 5º, LXIII, a presença do defensor no interrogatório, garantiu a autodefesa e a obrigatoriedade da defesa técnica, apontando para uma mudança de paradigma no Processo Penal, enxergando no interrogatório como meio de defesa (TRISTÃO, 2009, p. 187).

Essencial destacar, ainda como argumento para estabelecer a oitiva do acusado como meio de defesa, a edição da Lei 11.719/2008, que deslocou o momento do interrogatório na instrução criminal, antes inaugural, passando para último ato.

[...] este reposicionamento visa corrigir a postura inquisitorial de iniciar a instrução com o interrogatório do acusado, pois tal medida era adotada em tempos em que o objetivo central do interrogatório era obter-se a confissão do réu, o remanejamento do instituto para o final da instrução reforça e confirma a natureza defensiva do interrogatório, pois o acusado, já sabendo quais provas existem contra ele, pode escolher melhor sua estratégia de defesa (TRISTÃO, 2009, p. 96).

Também Capez (2005), de modo enfático, compreende o interrogatório como meio de defesa, observando que mesmo quando o acusado presta declarações que formem meio de prova, predominantemente a finalidade da oitiva, sob aspecto constitucional, é de meio de defesa. Assim, esclarece que:

[...] o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório (CAPEZ, 2005, p. 299).

Destarte, patente é a vantagem defensiva para o réu quando este apreende as acusações imputadas e as provas que lhe são contrárias, mesmo que se reconheça, em segundo plano, o seu caráter probatório.

## **6 AS NORMAS E SUA PERTINÊNCIA CONSTITUCIONAL**

O assunto apresentado neste capítulo abordará alguns aspectos relativos às garantias constitucionais, especificamente o Devido Processo Legal, bem como a análise sucinta de doutrinas e teorias que influenciam o direito brasileiro, a fim de considerar alguns desenlaces que resultem mais adequados no que se refere às normas conflitantes com o sistema constitucional.

O Princípio do Devido Processo Legal surge no ordenamento jurídico brasileiro de modo expresso em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Como leciona Tristão (2009):

[...] o devido processo legal é reflexo da evolução do sistema de controle social formal, denota a primazia da jurisdição como monopólio estatal, e reforça a ideia de necessidade do contrato social. Contraditório e ampla defesa são as duas faces que revestem o princípio do devido processo legal (TRISTÃO, 2009, p. 187).

Para Barroso (2010), a Constituição da República é limitadora das atividades processuais quando estas deixam, por qualquer razão, de observar as garantias individuais e o Devido Processo Legal, caracterizadores de um Estado Democrático de Direito. Isso se dá em virtude do descuido na observância das regras do procedimento previsto, bem como quando se omite a natureza individual, racional e proporcional das relações.

Assim, não basta tão somente operar com as justificativas da norma, mas também com a lógica dos princípios constitucionais.

[...] há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). (BARROSO, 2010, p. 17).

Nessa esteira, se infere que há uma ressonância palpável no direito penal, quanto à interpretação das normas, estabelecida pelas garantias constitucionais, notadamente no que se alude ao devido processo legal, como ensina o eminente autor:

[...] a repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. (BARROSO, 2010, p. 429).

Por essa razão é substancial sempre atender aos propósitos constitucionais para solucionar a desarmonia das normas no Ordenamento Jurídico, buscando a validade destas e sua razoável e proporcional interpretação por meio da ponderação dos princípios constitucionais. Assim, demonstra Barroso (2010) que:

[...] reserva legal, não retroatividade da lei penal, individualização da pena, devido processo legal são garantias constitucionais dos réus em geral. [...] Há uma tensão permanentemente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados. Para serem medidas válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados, e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada (BARROSO, 2010, p. 433).

Já no entendimento de Garcia (2015), explicitando a teoria dos sistemas, o Direito é um complexo concentrado, hierárquico, em que as normas estão conectadas de modo fático, e não se apresentam como um todo congruente, contrariando a ideia do Direito como Ordenamento Jurídico. Nesse sentido, a norma jurídica não se

esboça somente na Constituição, mas também nas relações conjunturais, as quais podem interferir no padrão de legalidade existente no complexo normativo.

Por outro lado, o Direito como Ordenamento Jurídico é internamente harmônico, coerente entre si, onde as normas se articulam e originam um sistema de direito. Ocorre que, como revela Garcia (2015), no âmbito desse ordenamento podem surgir dispositivos normativos antagônicos, e a solução desses conflitos se dá, em última análise, pela interpretação equitativa da norma. Dessa maneira:

[...] o ordenamento jurídico, visto como sistema jurídico, busca a sua *coerência* ou consistência interna. Apesar disso, verifica-se a existência de *antinomias*, as quais procuram ser solucionadas, justamente para se manter a referida coerência ou consistência” (GARCIA, 2015, p.106).

Compreende-se que a partir do exame do Ordenamento Jurídico, levando em consideração todo o sistema, o intérprete passa a aduzir o significado da norma jurídica, extraindo os valores a ela inerentes, identificando o seu alcance e sua influência quanto aos padrões dominantes dos valores históricos nela inscritos.

Torna-se, então, necessário compreender a sistemática que envolve a solução do conflito das normas no Ordenamento Jurídico. Com esse entendimento pode-se conjecturar as razões que assomam o antagonismo entre os dispositivos normativos, pois há, nesse aspecto, a perspectiva da historicidade, dos valores dominantes, da especialidade da norma, da hierarquia da norma, entre outros, que explicam as causas conflitantes e, por consequência, levam a depreender a resolução pertinente a um determinado caso em concreto.

Sobre o tema, explica Garcia (2015) que:

[...] na atualidade, destaca-se que a interpretação da norma jurídica exige uma compreensão prévia de seus fins sociais, para que se possa determinar o seu verdadeiro sentido e alcance. A interpretação teleológica passa a enfatizar que a finalidade da norma jurídica é o *valor* que ela como objetivo preservar ou garantir, levando-se em conta, ainda, a sua função no contexto global do Direito. Desse modo, sustenta-se que “toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na *consistência axiológica* (valorativa) do Direito”. Além disso, “toda interpretação jurídica dá-se numa *estrutura de significações*, e não de forma isolada”. Portanto, “cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico” (GARCIA, 2015, p. 125).

Há a reflexão preponderante a respeito das garantias constitucionais como norte na elaboração das normas e preceitos, consecução de atos processuais e outros atos procedimentais e executórios. Corresponde à exigência da aplicação dos Direitos Fundamentais nos atos e procedimentos praticados pelo Estado, tanto na sua criação, quanto na sua execução e, nesse aspecto, se mostra, igualmente, a necessidade da observância do Devido Processo Legal na proteção das garantias e direitos individuais.

Ao se buscar solução para a discrepância de dispositivos normativos quanto ao sistema constitucional vigente, a doutrina, a partir do esclarecimento das minúcias de uma gama de assuntos importantes e reveladores no campo do Direito, destaca a Teoria do Sistema Jurídico, de modo particular, por sua utilidade no campo prático, caminhando para exprimir uma lógica adequada na resolução de conflito entre as normas jurídicas, que se esmera em analisar o tipo de concorrência existente, seja ele em termos de especificidade da norma, sua hierarquia ou antiguidade, as quais dependem do caso em concreto, para determinar uma resposta que tenha aplicação resolutiva tendente a se estabelecer conforme a serventia constitucional, isto é, existido duas normas conflitantes entre si, porém válidas ao mesmo caso, em que, mesmo após a aplicação dos critérios de resolução da antinomia, persiste a oposição entre os dispositivos, o interprete buscará aquela que se acomode aos princípios constitucionais mais elevados.

Nesse diapasão, afirma Garcia (2015) que,

[...] na realidade, em casos extremos, de falta de um critério definido que possa resolver a antinomia de segundo grau, o “critério dos critérios” para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça. Desse modo, entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer aquela mais justa (GARCIA, 2015, p. 108).

Por esse contexto, depreende-se que a norma “mais justa” está naquela que lança o olhar sobre as novas perspectivas alcançadas com a evolução do ordenamento jurídico nacional, inspirada no paradigma constitucional, as quais compreendem uma reflexão das garantias constitucionais como norte para as razões que a envolvem.

Percebe-se, diante dessa leitura, que todo o conteúdo normativo do Ordenamento Jurídico Brasileiro é regido a partir das finalidades e intuitos constitucionais,

não excluindo a possibilidade de regras deste ordenamento conflitarem entre si, o que, no entanto, em conformidade com o Estado Democrático de Direito, não se permite estabelecer medidas que ataquem a dignidade da pessoa humana.

Adquire, nesse contexto, a Dignidade da Pessoa Humana, uma implicação orientadora dos demais princípios (Tristão, 2009), o que bem antes do advento da Constituição Federal de 1988 já exortava o Marquês de Beccaria:

[...] não se julgue que a autoridade das leis esteja fundada na obrigação de executar antigas convenções; essas velhas convenções são nulas, pois não puderam ligar vontades que não existiam. Não se pode sem injustiça exigir sua execução; seria reduzir os homens a não passar de um vil rebanho sem vontade e sem direitos (BECCARIA, sem paginação)

As vontades agora expressas, orientadas pelo Princípio da Dignidade Humana, são inerentes ao Estado Democrático de Direito, à Legalidade, à Igualdade de Direitos, inclusive no que toca ao processo e a Paridade de Armas, a Ampla Defesa e o Contraditório, decorrentes do Devido Processo Legal.

Assim, ao se observar a existência de tais oposições, importa a análise do texto constitucional para aplicar a melhor solução à divergência, com fulcro, sempre, no Princípio da Dignidade Humana.

## **7 A LEI 11.719/2008**

Em consequência de um momento histórico em que se divisavam mudanças sócio-políticas no Brasil, surge a necessidade de se modernizar os procedimentos concernentes ao Código de Processo Penal, haja vista grande parte dos institutos existentes neste código remontarem a década de 40, período em que foi criado.

Nessa esteira, em 20 de junho de 2008, é publicada a Lei 11.719/2008, com vigência após 60 dias desta data, tratando de alterações nos dispositivos do Código de Processo Penal, referentes à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, alterações estas que se harmonizam com o caráter humanista do sistema constitucional brasileiro.

Ocorre que desde a edição da mencionada lei, surgiram discussões doutrinárias e jurisprudenciais correlatas a sua aplicação no âmbito das leis especiais, sobretudo no que toca ao interrogatório do acusado.

A partir da vigência da lei em comento o instituto do interrogatório sofreu alteração quanto ao momento de ocorrência, passando a estabelecer nova redação ao artigo 400 do Código de Processo Penal, sendo agora o último ato da instrução criminal.

Sucedo que esse arranjo não alcançou expressamente o rito próprio estabelecido para cada lei especial e nesse ponto surge o dilema, pois se considera o interrogatório no final da instrução a aplicação dilatada da proteção ao acusado, seja pelo respeito ao princípio da Ampla Defesa e Contraditório, seja pela igualdade de condições no processo, em respeito ao Princípio da Dignidade Humana.

Desse modo, os procedimentos das leis especiais, nos quais o interrogatório aparece como primeiro ato da instrução, não estariam afetados por essas mudanças, ficando, contudo, sujeitos a diversos questionamentos judiciais, já que o assunto envolve a relação de paridade entre defesa e acusação, assim como outros princípios consagrados na Constituição de 1988.

Ilustrando essa assertiva, pode-se citar o procedimento do interrogatório no Código de Processo Penal Militar, alvo de inúmeros recursos pleiteando a nulidade do interrogatório realizado sob a égide do artigo 302, do citado código (o qual estabelece a oitiva do réu como primeiro ato da instrução), alegando-se prejuízo à defesa. As decisões dos tribunais concernentes ao tema variavam quanto ao respeito à especialidade da norma, ou seja, favorável à aplicação do Código Processual Penal Militar, ou quanto ao benefício trazido ao réu, e, por isso, favorável ao procedimento da Lei 11.719/08. Esse antagonismo de decisões foi finalmente superado quando em 03 de março de 2016, com o HC 127.900/AM, o Supremo Tribunal Federal julgou pertinente a aplicação do disposto na norma contida no artigo 400, do Código de Processo Penal, para os casos julgados na Justiça Militar.

Nesse sentido, vale transcrever a ementa do HC 127.900/AM:

HC N. 127.900/AM

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

Ementa: Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade.

Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).

2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.

3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).

4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. Por ser mais benéfica (*lex mitior*) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.

6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.

7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado

(HC 127900/AM, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016.)

Assim, a fim de discutir a relevância e influência da Lei 11.719/2008 no âmbito das leis especiais, no que concerne ao interrogatório do acusado, necessário dis-

correr sobre alguns aspectos relacionados ao interrogatório estabelecido no Código Penal Militar, na Ação Penal Originária (Lei 8.038/90) e naquele assentado na lei de combate ao tóxico.

### **7.1 Considerações sobre o Interrogatório no Processo Militar**

Neste item serão abordados aspectos e discussões jurisprudenciais e doutrinárias correspondentes à fase do interrogatório do acusado no contexto do processo militar.

No que tange ao Código de Processo Penal Militar, estando posicionado como lei especial, embora obediente aos ditames constitucionais, sustentou-se até pouco tempo um tratamento diferenciado em relação ao Código de Processo Penal, este mais ambientado aos preceitos de ordem constitucional após a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, no que toca ao procedimento do interrogatório, com as peculiaridades na sua aplicação.

Para melhor compreensão desse fato é necessário dizer em que consistia diferenciado tratamento: por força do artigo 302 do código processual militar, o interrogatório do acusado no âmbito militar inaugurava a instrução criminal, condição que já não cabia no Processo Penal, pois, neste, o momento processual para o interrogatório foi deslocado para o final da instrução. Assim, o artigo 400 do Código de Processo Penal, por conta da redação dada pela Lei 11.719/2008, passa a indicar a ordem obrigatória para o interrogatório, que, por sua vez, não se conciliava com a ordem da oitiva expressa no Código Processual Castrense.

Cotejando os dispositivos em comento, percebe-se o traço destoante que os afasta. Assim, o Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 302 estabelece, “in verbis”:

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.

O artigo em destaque expressa a vontade do legislador da época em que fora promulgado o pergaminho processual militar dirigida a um interrogatório como meio de prova. As novas percepções manifestas na Lei 11.719/2008 seguem a pers-

pectiva do interrogatório como meio de defesa, e por tal razão o carrega para o derradeiro ato da instrução. Destarte, precisa a ordem do interrogatório de tal modo:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Nesse aspecto, segundo Toledo (2012), se percebe a atitude legislativa de deslembrar do Código de Processo Penal Militar nas inovações legislativas no campo penal, pois não se introduz referências às normas inerentes ao processo militar quando de sua criação.

Embora os legisladores compreendam a dinâmica social para estabelecer as mudanças na legislação penal, no campo penal militar há um “esquecimento” legislativo quanto às novas relações da sociedade atual e a legislação militar.

Também Ronaldo João Roth (2014), Juiz de Direito da Justiça Militar de São Paulo, concebe idêntico raciocínio:

[...] o Direito Processual Penal Comum vem passando por dinâmica modificação legislativa nos últimos anos, tendo sido protagonista de várias leis modernizando o Código de Processo Penal Comum (CPP Comum), todavia, nada mencionando essas inovações em relação ao Código de Processo Penal Militar (CPPM), o que faz com que, a cada modificação existente no diploma processual penal comum, exista a indagação se tal inovação alcança o CPPM (ROTH, 2014, p. 14)

Ainda sob essa perspectiva, Roth (2014) menciona o desconhecimento das peculiaridades do mundo militar, o que, segundo ele, tem trazido equívocos interpretativos e demasiada aplicação da lei comum no que tange aspectos especialmente militares, o que interfere nas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Nessa esteira, Toledo (2012) entende que a legislação castrense, produzida em um momento cujo autoritarismo estava em voga, não evoluiu conforme os anseios sociais e as perspectivas constitucionais da atualidade. Afirma o autor que,

[...] 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 (TOLEDO, 2012, p.7).

Observa-se a ideia de um anacronismo do Código Processual Castrense, o qual, sob a ótica de Toledo (2012), não coincide com a ordem dos acontecimentos históricos da sociedade atual, sendo equivocado, dessa forma, invocar a relação da hierarquia e disciplina como justificativa de tal anacronismo.

Longe desse quadro, a legislação penal tem passado por remodelamentos importantes que a contextualiza contemporaneamente com os anseios mais imediatos da sociedade.

No que compreende as remodelagens produzidas pela Lei 11.719/08, Roth (2014) analisa algumas modificações no Código Processual Penal, indagando o alcance de tais modificações ao Código Processual Penal Militar, principalmente no que diz respeito ao interrogatório do acusado, não deixando de criticar a falta da menção legislativa ao Código Marcial quanto a essas inovações.

Quanto a isso, enfatiza a legalidade do artigo 302 do Código Processual Castrense, entendendo o interrogatório como meio de prova e meio de defesa e opina que, apesar da subsidiariedade do Código de Processo Penal, sua inovação não se ajusta, no que concerne ao regramento normativo acima comentado.

Outra perspectiva, entretanto, traz Toledo (2012). Para ele a alegação de que não existe omissão quanto ao tema não é suficiente, pois o artigo 302 é norma jurídica não recepcionada pela Constituição da República, formando, nesse sentido uma evidente lacuna. Destarte, sustenta que:

[...] é preciso interpretar e 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 (TOLEDO, 2012, p. 13).

Assim, surge a percepção de que não há legalidade e constitucionalidade no que diz respeito ao interrogatório do réu como primeiro ato da instrução criminal no âmbito do processo militar e por esse motivo pode ser arguida pela defesa a insubsistência da norma constante no artigo 302 do Código de Processo Penal Militar ou que este artigo estaria derogado.

Controvérsias a parte, o Supremo Tribunal Federal pacificou a discussão, entendendo que a abrangência da Ampla Defesa e do Contraditório se daria no âmbito do processo penal militar aplicando-se a nova redação imposta pela Lei 11.719/2008. Em outras palavras, o interrogatório do acusado no contexto processual militar deve seguir o que preceitua a norma contida no artigo 400 do Código de Processo Penal, ou seja, será o último ato da instrução criminal.

Assim:

A exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, é aplicável no âmbito de processo penal militar. A realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Logo, na hipótese de crimes militares, o interrogatório também deve ser realizado depois da oitava das testemunhas, ao final da instrução. STF. Plenário. HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016 (Info 816).

Note-se que os interrogatórios realizados na justiça militar anteriormente a este julgado não foram invalidados, pois a obrigatoriedade somente é pertinente a partir da publicação da ata do julgado.

## **7.2 Considerações sobre o Interrogatório nas Ações Penais Originárias**

Aqui será discutido o momento do interrogatório nas ações penais originárias e o posicionamento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema.

No magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014), a competência originária corresponde aos julgamentos de crimes nos quais o acusado, por conta de sua prerrogativa de função, possui foro privativo, e, em consequência, as ações penais

originárias observam procedimentos regulados na Lei 8.038/90, julgados nos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), assim como nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais.

Há que se recordar também que na fase de investigação, o trâmite do inquérito policial “[...] ocorre perante o próprio órgão da jurisdição, competente para o processo e julgamento da futura ação penal.” (OLIVEIRA, 2014, p.786). Assevera ainda, citando o julgamento da Questão de Ordem na PET 3825- Inq. 2963, que no âmbito do foro por prerrogativa de função é o Ministério Público que faz a análise quanto à instauração da investigação.

Ainda em relação à atribuição ministerial nas ações penais originárias, merece atenção o Agravo Regimental na Representação nº 328/MG, do Superior Tribunal de Justiça, versando sobre a possibilidade de agravo regimental contra decisão que determinou o arquivamento de representação de pedido expresso do Ministério Público Federal.

Transcreve-se o voto do Ministro Paulo Gallotti no mencionado agravo regimental:

AgRg na REPRESENTAÇÃO Nº 328 - MG (2005/0020485-2)

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento.

Com efeito, o arquivamento da representação está calcado em pedido

expresso do Ministério Público Federal, fls. 156/157, que não vislumbrou a existência de quaisquer indícios da prática de ilícitos penais por parte dos representados.

Assim procedendo, agiu o parquet como titular da ação penal que é, vez que os delitos que se diz praticados são de persecução através de ação pública, não cabendo a esta Corte rejeitar o aludido pedido de arquivamento.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

A - "CRIMINAL. AgRg. REPRESENTAÇÃO. ARQUIVAMENTO. REQUISIÇÃO MINISTERIAL. AGRAVO DESPROVIDO.

Hipótese em que o arquivamento da presente representação criminal decorreu de manifestação ministerial no sentido da não configuração da conduta imputada aos representados. Tendo em vista ser o Ministério Público o titular da ação penal pública, condicionada ou incondicionada, descabe a rejeição de pedido de arquivamento. Precedentes do STJ e do STF. Agravo regimental desprovido."

(AgRg na RP nº 273/MT, Relator o Ministro GILSON DIPP, DJU 11/10/2004)

B - "REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO MPF. VINCULAÇÃO DA CORTE ESPECIAL.

1. Todas as pretensas infrações são de ação pública e a Subprocuradoria-Geral da República - dominus litis – ao exame do articulado simplesmente veio a opinar pelo arquivamento da representação, providência que deve ser acatada, inclusive porque o pronunciamento ministerial, neste caso, vincula a Corte Especial, v.g., do que consta da NC278/RJ.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg na RP nº 290/MG, Relator o Ministro **FERNANDO GONÇALVES**, DJU 7/6/2004)

E do Supremo Tribunal Federal:

"I - STF: competência originária: **habeas corpus** contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo.

II - Foro por prerrogativa de função: inquérito policial

1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária.

2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste 'autoridade investigadora', mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações.

III - Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido."

(HC nº 82.507-9/SE, Relator o Ministro **SEPÚLVEDAPERTENCE**, DJU 19/12/2002)

[...] (STJ - AgRg na Rp 358-MG 2005/0020485-2, Rel. Min. Paulo Galloti, julgado em 21/09/2005).

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça fortalece na sua decisão o papel do ministério Público nas ações penais originárias, firmando o sistema acusatório adotado no Brasil.

No que tange ao processo a Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que trata das normas procedimentais para os processos perante o Tribunal Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ações penais originárias, dispõe *ipsis litteris*:

Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

Como já amplamente debatido neste trabalho em seções anteriores, por força da Lei 11.719/08, que alterou o momento do interrogatório no Código de Processo penal, em seu artigo 400, o interrogatório do réu passou a figurar como último ato da instrução criminal. Pela redação do artigo 7º, da Lei 8.038/90, acima transcrito, percebe-se, neste ponto, um antagonismo com a Lei 11.719/08.

Nesse diapasão, Oliveira (2014) encontra duas modalidades de resposta previstas na Lei 8.038/90, sendo a primeira antes do recebimento da denúncia ou queixa, na qual, notificado, o acusado terá o prazo de 15 dias para fazer a contestação, e a segunda, com a denúncia ou queixa já recebida, para a apresentação de defesa prévia. Assim, nos julgamentos admitidos aos crimes de competência originária de Tribunais Superiores o acusado é citado para, em dia e hora designados pelo relator, ser interrogado antes mesmo das outras providências quanto aos demais materiais probatórios.

Ensina Adalto Dias Tristão que:

[...] nos interrogatórios nos Tribunais, em relação à autoridade que possuem foro privilegiado por prerrogativa de função, devem ser chamados a participar todos os membros do órgão colegiado que detêm competência para julgamento, podendo ser Câmara ou Turma, ou o Tribunal Pleno nos Tribunais que não possuem Órgão Especial, sendo importante a participação de todos os componentes do órgão competente para julgamento, devendo todos ter contato com o acusado, visto que todos irão participar do julgamento. O procedimento do interrogatório nesses casos observará o disposto nos artigos 7º, 8º e 9º da Lei 8038/90, e no restante, subsidiariamente ao código de Processo penal. (TRISTÃO, 2009, p.177).

Vislumbra-se que neste procedimento, tanto quanto no procedimento da Lei 11.343/06 e outros procedimentos especiais, aparecem controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias concernentes à aplicabilidade da sistemática do interrogatório encontrada no Código de Processo Penal para os crimes de ação originárias dos tribunais.

Quanto a isso, destaque-se duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, exaradas em sede Habeas Corpus, ambas de relatoria do Ministro Jorge Mussi, extraídas, respectivamente dos HC 121.171-SP e HC 205.364-MG:

#### INTERROGATÓRIO. LEI ESPECIAL. CPP.

O paciente é detentor do foro privilegiado por prerrogativa de função (prefeito) e, por isso, encontra-se processado sob o rito da Lei n. 8.038/1990, pela prática de gestão temerária. Dessa forma, logo se percebe tratar de procedimento especial em relação ao comum ordinário previsto no CPP, cujas regras, em razão do princípio da especialidade, devem ser afastadas na hipótese. Não se olvida que o § 5º do art. 394 do CPP traz a ressalva de aplicar-se subsidiariamente o rito ordinário nos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo nos casos em que há omissões ou lacunas; contudo, quanto aos arts. 395 a 397 do CPP, por exemplo, alguns doutrinadores entendem que eles somente podem incidir no primeiro grau, não atingindo os procedimentos de competência originária dos tribunais. Na hipótese, busca-se novo interrogatório do paciente, agora ao final da instrução processual, tal qual determina o art. 400 do CPP. Sucede que o art. 7º da Lei n. 8.038/1990 prevê momento específico para a inquirição do réu (após o recebimento da denúncia ou queixa) e, constatado não haver quanto a isso lacuna ou omissão nessa lei especial, não há falar em aplicação do mencionado artigo do CPP. Mesmo que se admitisse a incidência do art. 400 do CPP à hipótese, anote-se que o réu foi ouvido antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, que trouxe o interrogatório do réu como o último ato da instrução e, como consabido, não é possível a aplicação retroativa dessa norma de caráter procedimental. Precedente citado: HC 152.456-SP, DJe 31/5/2010. **HC 121.171-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 22/3/2011.**

#### INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO PROCESSUAL. AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS NOS TRIBUNAIS.

A previsão do interrogatório como último ato processual, nos termos do disposto no art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, por ser mais benéfica à defesa, deve ser aplicada às ações penais originárias nos tribunais, afastada, assim, a regra específica prevista no art. 7º da Lei n. 8.038/1990, que rege a matéria. Esse é o entendimento do STJ, ao rever seu posicionamento para acompanhar decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg 528-DF. Nesses termos, a ordem foi concedida para que o interrogatório do paciente, prefeito municipal acusado da prática dos crimes de lesão corporal e ameaça, detentor de foro por prerrogativa de função no Tribunal de Justiça, seja realizado ao término da instrução processual, conforme rito comum ordinário previsto no CPP. **HC 205.364-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/12/2011.**

A primeira decisão entende que o prescrito na Lei 8038/90 somente poderia ser suplementado pelo rito comum ordinário em caso de lacunas no seu texto normativo, já que, por ter rito próprio, prevalece o princípio da especialidade. Já a segunda decisão versa que a sistemática presente no rito estabelecido no artigo 400 do Código de Processo Penal deve prevalecer sobre o disposto no artigo 7º, da Lei 8038/90, que trata das ações penais originárias, por ser aquele mais benéfico ao acusado.

Não se pode negar o conflito que envolve as duas normas e de atentar no sentido de que não há qualquer omissão quanto ao tema na Lei de Competência Originária dos Tribunais, haja vista o delineado no mencionado artigo 7º da lei em comento.

Para maior reflexão sobre o conteúdo ora exposto, relevante trazer à luz alguns aspectos discutidos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal a cerca da ação penal originária, na Oitava Questão de Ordem na Ação Penal 470.

A Oitava Questão de Ordem na Ação Penal número 470/Minas Gerais, versa sobre pedido de novo interrogatório em detrimento de oitiva já realiza em sede de rito estabelecido pela Lei 8.036/90. A alegação para a anulação do referido interrogatório se fundava na nova redação dada ao artigo 400, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 11.719/08, a qual, como amplamente debatido neste trabalho, desloca o interrogatório para o ultimo ato da instrução criminal.

Diz sua ementa:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. LEI 11.719/2008. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO. ESPECIALIDADE DA LEI 8.038/1990, CUJOS DISPOSITIVOS NÃO FORAM ALTERADOS. INDEFERIMENTO. A Lei 8.038/1990 é especial em relação ao Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.719/2008. Por conseguinte, as disposições do CPP aplicam-se aos feitos sujeitos ao procedimento previsto na Lei 8.038/1990 apenas subsidiariamente, somente “no que for aplicável” ou “no que couber. Daí por que a modificação legislativa referida pelos acusados em nada altera o procedimento até então observado, uma vez que a fase processual em que deve ocorrer o interrogatório continua expressamente prescrita no art. 7º Lei 8.038/1990, o qual prevê tal ato processual como a próxima etapa depois do recebimento da denúncia (ou queixa). Questão de ordem resolvida no sentido do indeferimento da petição de fls. 40.151-40.161. (AP 470 QO-Oitava/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 07/10/2010)

Em seu voto, o Relator, Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, ao analisar a Questão de Ordem, entendeu que a Lei 8.038/90, por ser especial em relação ao Código de Processo Penal, deve prevalecer sobre este, conforme dispõe o artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao código Civil, indeferindo o pedido.

Concorde com esse entendimento foi também o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que observou, no caso em concreto, que o acusado não teve nenhum direito e garantia violados.

Entretanto, na visão do Ministro Dias Tofolli, o interrogatório é um meio de defesa e, em vista disso,

[...] deve ser feito sempre ao final do processo, independentemente de lei, independentemente de previsão legal, como o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello fundamentou em relação ao Código Eleitoral. Só gostaria de lembrar também o artigo 196 do CPP, que faculta ao juiz. A qualquer tempo, deferir pedido fundamentado de novo interrogatório.

Mas, de qualquer sorte, ajusto aqui a minha posição no sentido de que, para os próximos casos em ação originária em que ainda não tenha havido interrogatório, que esse se faça ao final do processo. (TOFOLLI, AP 470 QO-Oitava/MG, 2010, p.17)

São posicionamentos cuja argumentação calcada nas normas e jurisprudência desenvolve debate ainda mais controverso.

Transpondo as palavras de Roth (2014) sobre a atuação legislativa no Código Processual Militar como paralelo ao que ocorre com a Lei 8.038/90, o legislador, ao criar o novo arranjo no procedimento do interrogatório no Código de Processo Penal, não se atentou às implicações que surgiriam nas diversas legislações, deixando a cargo dos Tribunais Superiores decidirem qual a aplicação, muitas vezes controvertida, da sistemática no rito das leis extravagantes.

Assim, igualmente o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado de maneira distinta em alguns julgados. Não obstante, com o advento do HC 127.900/AM, a Corte Suprema tende a pacificar seu entendimento no que toca aos procedimentos especiais, o que deverá ser seguido por todos os tribunais indistintamente. O que se espera, todavia, é que isso se dê de forma expressa, para que, definida a situação, cessem os divergentes entendimentos nas decisões proferidas Brasil afora.

### 7.3 Considerações sobre o Interrogatório na Lei de Drogas

Aqui será abordado, especificamente, o procedimento do interrogatório do acusado, no que se refere à ordem das oitivas. Inevitável reafirmar que o tema é controverso na doutrina e na jurisprudência.

A Lei 11.343 de 26 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, veio para instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, com o intuito de firmar medidas preventivas de uso indevido de drogas, a reinserção do usuário e dependentes, bem como estatuir normas repressivas à produção e ao tráfico ilícito de drogas.

Oportuno dizer que a competência para processamento e julgamento dos crimes previstos na Lei 11.343/06, em regra, é da justiça comum, mas deve-se observar a espécie de crime e o aspecto transnacional deste, pois, neste sentido, a competência é da justiça federal (artigo 109, da Constituição Federal).

A assinalada lei, que revogou as Leis 6.368/76 e 10.409/02, segue, em grande parte do seu texto, o que prescreve as convenções internacionais que tratam sobre o tema e que o Brasil é signatário, dentre elas: a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, realizada em Nova Iorque, EUA; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, realizada em Viena, Áustria, ambas estabelecem as substâncias controladas pela comunidade internacional, assim como estipulam regras de garantia do uso médico e científico das referidas substâncias, com o intuito de combater o comércio ilícito, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, também de Viena, na Áustria, a qual determina critérios de controle, assim como punições ao tráfico ilícito de entorpecentes. Todos esses aspectos estão relacionados às premissas estabelecidas na Constituição Brasileira no tocante aos direitos e garantias fundamentais, assim, sendo este o caminho, inspirado na Carta Maior, as legislações criadas devem estar consoante o ordenamento jurídico vigente.

A Lei 11.343/06, quanto a seu procedimento, é classificada como especial, extravagante ou esparsa, isto é, não está disposta em um código geral, senão regulando um tema singular do direito, neste caso, o combate às drogas ilícitas.

No procedimento do interrogatório disposto na lei de drogas ocorre a inversão da oitiva do acusado, isto é, enquanto o Código de Processo Penal no artigo

400 estabelece que o interrogatório seja o último ato da instrução criminal, o artigo 57 da Lei 11.343/06 inverte a regra geral, deslocando-o para o primeiro ato da instrução criminal. Assim:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. 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.

Portanto, quando do recebimento da denúncia, será o acusado citado, marcada dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, onde o réu passa a ser interrogado e somente após este interrogatório as testemunhas de acusação e defesa serão ouvidas.

Para Oliveira (2014), embora não haja lacunas na Lei 11.343/06, nada obsta que o interrogatório passe a adotar o rito previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal, por analogia.

[...] a partir da modificação de rito previsto na Lei nº 11.719/08, passou-se a sustentar que, também no procedimento de tráfico de drogas, o interrogatório do réu deveria ser o último ato da instrução.

Bem. Não vemos quaisquer dificuldade em aceitar a tese, desde que não se recorra ao argumento da suposta inconstitucionalidade do tratamento do interrogatório como primeiro ato de instrução. Fosse assim, todos os processos criminais instruídos a partir da Constituição, e anteriores à Lei 11.719/08, deveriam ser anulados. Não se cuida, evidentemente, de inconstitucionalidade.

O que se poderia alegar, no ponto, é que a aplicação do rito comum da Lei 11.719/08 aos crimes de tráfico não causaria qualquer dano ao procedimento e se justificaria como hipótese de interpretação por analogia. Isso, sim, é possível. Mas há um inconveniente: o art. 394, § 2º, da própria Lei 11.719/08 estabelece que: *“Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou Lei Especial”*. (OLIVEIRA, 214, p. 812).

Nesse sentido, surge a controvérsia quanto à compatibilidade do artigo 57 da lei 11.343/06 em relação aos princípios inatos da Constituição Federal, haja vista a ideia de que o rito estabelecido no mencionado artigo não garante o exercício pleno da autodefesa.

Reafirme-se que todo o processo deve obediência às prescrições constitucionais, significativamente àquelas que abarcam o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Nesse toar, assevera Vilela (2016) que a

[...] concepção do Processo Penal Constitucional é desenvolvida a partir de um entendimento de que todas as normas elaboradas para normatização da matéria deverão seguir os preceitos constitucionais, desde seus princípios até as regras mais minuciosas da Carta Magna (VILELA, 2016, p.108).

Portanto, especificamente ao que tange o interrogatório e sem excluir os outros importantes princípios, deve-se atentar ao Devido Processo Legal ou Devido Processo Penal para que o acusado exerça plenamente sua defesa, já que aí se assentam os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, consubstanciados na defesa técnica e na autodefesa.

Ensina Vilela (2016) que ao “[...] posicionar o interrogatório ao fim da audiência de instrução e julgamento, o legislador reconheceu que o exercício de ampla defesa outrora praticado não era adequado, devendo ser, nos procedimentos comuns, realocado o interrogatório ao fim da solenidade”. Infere-se que quis o legislador adequar o procedimento do interrogatório à realidade do sistema jurídico vigente, muito mais afeito ao processo penal constitucional, ou seja, ao processo que abraça os princípios insculpidos na Carta Republicana.

Assim como Vilela (2016) outros autores, a exemplo de Toledo (2012), entendem que o interrogatório no início da instrução criminal viola o princípio do devido processo legal, arguindo a posição de fragilidade pela qual o acusado passa a figurar, haja vista que este não teria mais defesa quanto aos elementos produzidos após sua oitiva.

Nesse aspecto, quando se pretende a natureza jurídica do interrogatório como de defesa do acusado, se considera que este deve apreender as razões da acusação que lhe pesa, quais provas lhe são contrárias ou favoráveis, bem como saber o que foi dito a seu respeito, a fim de garantir sua defesa. Infere-se, desse modo, que o deslocamento da oitiva do acusado para o último ato da instrução, como previsto na Lei 11.719/08, alterando o artigo 400 do Código de Processo Penal,

por estar mais consoante com natureza constitucional, mostra o interrogatório como meio de defesa.

O rito assentado na lei de drogas apresenta peculiaridade não presente no Rito Comum do Código de Processo Penal, pois, antes de recebida a denúncia, o acusado será notificado e intimado para apresentar defesa prévia, o que representa uma vantagem ao acusado, sendo que neste ato o juiz poderá rejeitar previamente a peça acusatória, nos termos do artigo 55, da Lei 11.343/06, “in verbis”:

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

Entretanto, segundo Vilela (2016),

[...] a Lei de Drogas, mesmo fornecendo essa garantia defensiva da apresentação de defesa antes do recebimento da denúncia, deu continuidade à compreensão de que o acusado não se manifestaria depois da apresentação de todas as provas, sendo ele o responsável pela inauguração da solenidade instrutória. A permanência deste ato, destoando-se do preconizado pela reforma processual penal de 2008, desequilibrou a apreensão de ampla defesa e contraditório, não sendo compatível com aquilo que se entende por processo penal constitucional [...] (VILELA, 2016, p. 107).

Assim, corrobora-se o entendimento de que o processo deve garantir os Direitos Fundamentais, reforçando o entendimento de que o interrogatório se traduz com igualdade de condições entre as partes, para as quais se deve salvaguardar o direito de participar de todos os atos processuais e de defender-se pelos meios admitidos pelo direito.

Nestes termos, percebe-se no interrogatório o momento em que o acusado atua também efetivamente no procedimento, defendendo-se e buscando os meios para sua absolvição, sendo que sua inexistência, portanto, afetarà o equilíbrio do processo.

No âmbito da Lei 11.343/06, no que tange à posição do interrogatório, a jurisprudência dos tribunais superiores tem sido divergente. O Superior Tribunal de

Justiça, por exemplo, posiciona-se entendendo que se deve observar o princípio da especialidade das leis e, portanto, não gerando nulidade quando da utilização do procedimento prescrito no artigo 57, da Lei 11.343/06, não obstante existir julgados entendendo gerar nulidade relativa se demonstrado prejuízo ao acusado, possibilitando o posicionamento da oitiva como último ato da instrução.

Nesse sentido, duas decisões com entendimentos distintos. A primeira posicionando-se quanto à especialidade da norma:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS. QUESTÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I – Se o paciente foi processado pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal.

II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal.

III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

IV – No tocante à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, as instâncias anteriores entenderam de modo diverso quanto ao preenchimento dos requisitos exigidos no referido diploma legal, de modo que a questão posta não é passível de ser decidida em sede de habeas corpus, por demandar o revolvimento de elementos fático-probatórios.

V - Ordem denegada.

(HC 122.229/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2014)

O segundo quanto à nulidade relativa se demonstrado prejuízo ao acusado:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO DE EXAME DE DEPENDÊNCIA

TOXICOLÓGICA. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PROCEDIMENTO DA LEI DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. INVERSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE RELATIVA. APELAÇÃO. SESSÃO DE JULGAMENTO. DEFENSOR CONSTITUÍDO. INTIMAÇÃO POR PUBLICAÇÃO EM ÓRGÃO OFICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 370, §1º, DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP; Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - É prescindível a confecção de laudo de dependência toxicológica, sendo facultado ao juiz, com base no livre convencimento motivado e "a partir da análise do acervo probatório e das circunstâncias do crime, avaliar a conveniência e necessidade do ato" (HC 118.970/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 7/2/2011).

IV - É relativa a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório no rito da Lei de Drogas, exigindo-se, portanto, alegação oportuna e efetiva demonstração de prejuízo.

V - Na espécie, o interrogatório realizou-se após a colheita dos depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa, o que não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa.

VI - Não há falar em falta de intimação da defesa para o julgamento do recurso de apelação, sendo certo que o defensor constituído não goza da prerrogativa da intimação pessoal, peculiar aos defensores públicos ou dativos, mas apenas deve ser intimado pela imprensa oficial.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 314.032/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015).

Os julgados acima expostos demonstram o quão é intrincado o tema, não só no que diz respeito à Lei de Drogas, mas também quando se observa outros procedimentos em situação análoga. Há, todavia, que se chegar a uma decisão que ve-

nha a solucionar a questão ou mesmo a hipótese de o Legislador observe a discordância entre as legislações e aborde o tema com maior especificidade.

#### **7.4 Aplicação do HC 127.900/AM na Lei de Drogas**

Este item tratará da possível aplicação do entendimento encerrado no habeas corpus número 127.900, Estado do Amazonas, para o âmbito da Lei 11.343/06, de forma expressa.

Conveniente, nesse sentido, transcrever o que diz o informativo nº 816 do Supremo Tribunal Federal, divulgado em 11 de março de 2016, acerca do mencionado habeas corpus 127.900/AM:

##### Processo penal militar e interrogatório ao final da instrução

A exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, é aplicável no âmbito de processo penal militar. Essa a conclusão do Plenário, que denegou a ordem em “habeas corpus” no qual pleiteada a incompetência da justiça castrense para processar e julgar os pacientes, lá condenados por força de apelação. A defesa sustentava que eles não mais ostentariam a condição de militares e, portanto, deveriam se submeter à justiça penal comum. Subsidiariamente, alegava que o interrogatório realizado seria nulo, pois não observado o art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/2008, mas sim o art. 302 do CPPM. No que se refere à questão da competência, o Colegiado assinalou que se trataria, na época do fato, de soldados da ativa. De acordo com o art. 124 da CF e com o art. 9º, I, “b”, do CPM, a competência seria, de fato, da justiça militar. Por outro lado, o Tribunal entendeu ser mais condizente com o contraditório e a ampla defesa a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao processo penal militar. Precedentes com o mesmo fundamento apontam a incidência de dispositivos do CPP, quando mais favoráveis ao réu, no que diz respeito ao rito da Lei 8.038/1990. Além disso, na prática, a justiça militar já opera de acordo com o art. 400 do CPP. O mesmo também pode ser dito a respeito da justiça eleitoral. Entretanto, o Plenário ponderou ser mais recomendável frisar que a aplicação do art. 400 do CPP no âmbito da justiça castrense não incide para os casos em que já houvera interrogatório. Assim, para evitar possível quadro de instabilidade e revisão de casos julgados conforme regra estabelecida de acordo com o princípio da especialidade, a tese ora fixada deveria ser observada a partir da data de publicação da ata do julgamento. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, também denegou a ordem, mas ao fundamento de que a regra geral estabelecida no CPP não incidiria no processo penal militar. A aplicação subsidiária das regras contidas no CPP ao CPPM somente seria admissível na hipótese de lacuna deste diploma, e o CPPM apenas afasta a aplicação das regras nele

contidas se houvesse tratado ou convenção a prever de forma diversa, o que não seria o caso.  
(HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016).

Do disposto acima, entende-se que, embora seja regido por lei especial sem qualquer lacuna que exigisse a subsidiariedade do rito do Código de Processo Penal, o interrogatório no Processo Penal Militar deverá ser o último ato da instrução.

Assim, a partir deste julgado, infere-se que perde o objeto o conteúdo da súmula 15, do Superior Tribunal Militar que diz:

súmula 15 - A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 Junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União.

A decisão proferida no HC 127.900/AM não faz menção expressa de aplicação do rito estabelecido ao artigo 400 do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/08 à Lei de Drogas e, portanto, ainda se discute o estabelecido no artigo 57, da Lei 11.343/06 quanto ao interrogatório deslocar-se para o final da instrução.

Destaque-se que anteriormente a este julgado, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 125.094 AgR, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, cujo julgamento se deu em 10 de fevereiro de 2015, tratando especificamente sobre o tema das drogas, entendeu que a oitiva do acusado deveria ser realizada no início da instrução criminal, haja vista a existência de rito próprio estabelecido na Lei 11.343/06, conforme se verifica:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO LIMINAR DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. MOMENTO PROCESSUAL DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. LEI DE DROGAS. RITO PRÓPRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento segundo o qual não é cabível habeas corpus contra decisão que indefere medida cautelar no bojo de idêntico remédio constitucional na instância inferior, ex vi do enunciado n. 691 da Súmula do STF: “[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” 2. A alteração promovida pela Lei n. 11.719/2008 não alcança os crimes descritos na Lei 11.343/2006, em razão da existência de rito próprio normatizado neste diploma legislativo. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições do

Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas. Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014; HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014. 4. In casu, a realização de interrogatório no início da instrução processual não enseja constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, notadamente quando ainda pendente de análise impetração na instância a quo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 125.094 AgR, Rel. Ministro Luiz Fux, 10 de fevereiro de 2015).

Já em recente julgado, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decidiu não haver nulidade do interrogatório no início da instrução em um caso de tráfico transnacional de drogas, evidenciando a especialidade da norma, adotando, nesse sentido, a posição ainda presente no Supremo Tribunal Federal, assim transcrita:

EMENTA: PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPETÊNCIA. INTERROGATÓRIO. MOMENTO. LEI ESPECIAL. MATERIALIDADE. AUTORIA. CONFIRMAÇÃO. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO. MINORANTE. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.

(...)

2. Não há nulidade na realização do interrogatório no início da audiência de instrução, em observância ao processamento determinado pela Lei nº 11.343, de 2006, que é lei especial em relação ao Código de Processo Penal.

(...)

(TRF4, ACR 5013685-89.2014.404.7100, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, julgado em 26/04/2016)

Como dito, o habeas corpus 127.900/AM, embora faça referência às leis extravagantes, expressamente não se refere à norma de combate aos tóxicos. Entretanto, depreende-se pelo contexto que o procedimento comum ordinário aplicado ao processo penal militar, cujo procedimento é especial, seja implicitamente dirigido à Lei de Drogas.

Ademais, inevitável apontar que a causa da ação contra os acusados na Justiça Militar decorreu do fato de que estes, quando ainda exerciam atividades militares, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente no interior de lugar sujeito à administração militar, sendo, dessa forma, imputado o crime previsto no artigo 290 do Código Penal Militar:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

§ 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Receita ilegal

Nessa Circunstância, a defesa dos pacientes alegou a nulidade do ato realizado conforme a previsão do artigo 302 do código Processual Castrense, asseverando que o disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal ampara com maior eficiência as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

O contexto aqui referido diz respeito à ideia do interrogatório como meio de defesa, no qual o acusado poderá conhecer detalhadamente da acusação e, assim, exercer o direito à Ampla Defesa e ao Contraditório, princípios inafastáveis para o estabelecimento da justiça. Sob esse enfoque, discorre o Ministro Relator Dias Toffoli em seu voto no HC 127.900/AM:

#### VOTO

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR)** - [...] com as **venias** daqueles que pensam de modo diverso, reitero o entendimento que externei por ocasião do julgamento do HC nº 121.907/AM. Penso que a Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

Nesse particular, por ser mais benéfica (**lex mitior**) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de

Processo Penal, devendo ser ressaltado que sua observância não traz, sob nenhuma hipótese, prejuízo à instrução nem ao princípio da paridade de armas entre acusação e defesa.

A meu ver, a não observância do CPP na hipótese acarreta prejuízo evidente à defesa dos pacientes, em face dos princípios constitucionais em jogo, pois a não realização de novo interrogatório ao final da instrução subtraiu-lhes a possibilidade de se manifestarem, pessoalmente, sobre a prova acusatória coligida em seu desfavor (contraditório) e de, no exercício do direito de audiência (ampla defesa), influir na formação do convencimento do julgador (GRINOVER, Ada Pellegrini; GÔMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antônio. **As nulidades do processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75).

Nas palavras de **Juarez de Freitas**, se a norma especial colidir, parcial ou totalmente, com o princípio superior, há de preponderar o princípio superior (**A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108).

Anoto, ademais, que, em detrimento do princípio da especialidade, o Supremo Tribunal Federal tem assentado a prevalência das normas contidas no Código de Processo Penal em feitos criminais de sua competência originária, que, como se sabe, são regidos pela Lei nº 8.038/90. Cito, por exemplo, a AP nº 679-QO/RJ, DJe de 30/4/13; e a AP nº 441/SP, DJe de 6/6/12, ambas de **minha relatoria**.

Desse modo, não vejo óbice à incidência do art. 400 do Código de Processo Penal (com a redação dada pela Lei nº 11.719/08) aos feitos penais militares, devendo ele, portanto, ser observado pela Justiça Castrense.

Todavia, de modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.

Com essas considerações, voto pela **denegação** da ordem de **habeas corpus** e pela cassação da liminar anteriormente deferida.

Em vista das razões de meu voto e das substanciais ponderações lançadas pelos membros da Corte durante os debates que acolho, proponho, como orientação, que: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum se aplique, a partir da publicação da ata deste julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo **somente** naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016)

Por esse ângulo, se verifica que a não aplicação do que dispõe o artigo 400 do Código de Processo Penal ao procedimento das drogas acarreta prejuízo à defesa, não se tratando, por conseguinte, de simples relações de procedimentos ou formas.

No entanto, na perspectiva do Ministro Marco Aurélio, o assunto observa rito próprio estabelecido no Código Processual Penal Militar, em lei específica, devendo

esta ser observada, pois, para ele, a reforma do Código de Processo Penal não repercutiu no âmbito do processo militar.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso, demonstra aprovação quanto ao deslocamento do interrogatório ao final da instrução criminal, entretanto, preocupa-se com a ressonância que a decisão deste julgado, o habeas corpus 127.900/AM, provocará em outras leis especiais, principalmente no que diz respeito ao procedimento da Lei de Drogas, já que o legislador optou por modificar tão somente o procedimento comum. Nesse sentido:

#### VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, em primeiro lugar, eu cumprimento o eminente Defensor Público, que sempre se desempenha com grande proficiência e aplicação na tribuna, tanto aqui quanto na Turma.

Presidente, eu devo dizer que eu também acho melhor que o interrogatório seja ao final. E, portanto, eu acho que a mudança prevista na Lei nº 11.719, ao alterar o artigo 400 do Código de Processo Penal, houve-se bem. Penso ser essa uma inovação positiva.

Porém, Presidente, eu me preocupo com o risco que uma decisão como a nossa possa ter sobre todos os processos que seguem rito especial, não apenas do Código de Processo Penal Militar, como também o da Lei de Drogas. E, portanto, não gostaria de ser responsável pela deflagração de uma revisão ampla que permitisse tanto revisões criminais como ações que visem a anular decisões já proferidas.

De modo que eu penso que essa decisão - embora eu concorde com o fundo da proposição do Ministro Toffoli e do ilustre Defensor - seria um pouco, como se diz na roça, "comprar nabos em saco". A gente não sabe bem o que pode sair daí. E eu tenho muita preocupação com o impacto que isso possa ter sobre processos já transcorridos.

E aqui, Presidente, eu verifico que o legislador penal teria competência para modificar o Código de Processo Penal Militar, como teria também para modificar a Lei de Drogas, no mesmo pacote. E, portanto, se o legislador fez a opção de modificar apenas o procedimento comum, apenas o procedimento geral, eu acho que essa é uma opção legítima. Não considero que seja a melhor, mas considero que seja uma opção legítima. (HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016)

Contudo, para o Ministro Edson Fachin, o disposto no artigo 302, do Código Processual Militar não foi recepcionado pela Carta Magna, bem como expressando seu entendimento de que a decisão ora tomada deve aplicar-se somente aos pro-

cessos em trâmite a partir deste julgado. Dessa forma se alinha ao voto do Relator, Ministro Dias Toffoli.

Nesse diapasão, de todo o exposto, é possível que, ao julgar caso específico de interrogatório relacionado ao tráfico de drogas, o Supremo Tribunal Federal se manifeste de forma transparente e definitiva para assentar entendimento favorável ao ajustamento do interrogatório do réu no procedimento do rito das drogas como último ato da instrução criminal.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Legislação Brasileira, no que tange todo o Ordenamento Jurídico Pátrio, deve estar afinada com os preceitos que imperam na Lei Máxima. O desacordo com essa lógica provoca um conflito que, por seu estado antagônico com a coerência do sistema corrente, deve ser suplantado.

Ocorre que por consequência da perspectiva utilizada para avaliar ou interpretar determinado conflito normativo, superar os contrastes não se constitui incumbência descomplicada, pois que surge um horizonte de argumentos robustos que colocam as análises sob a inquietação da busca do mais adequado meio para a resolução do problema ora estudado.

Os dispositivos normativos inscritos nos Códigos de Processo Penal e nas legislações extravagantes, os quais tratam do interrogatório do acusado sob diferentes concepções, a saber, como último ato da instrução criminal (art. 400, Código de Processo Penal) e como primeiro ato da instrução criminal (artigos 57 da Lei de Drogas, 302 do Código de Processo Penal Militar e 7º, da Lei 8.038/90, tratados neste trabalho), caracterizam tal inquietação no que toca ao momento mais adequado à oitiva.

Doutrina e jurisprudência aquecem a polêmica trazendo divergências argumentativas, bem como justificativas legais para acolhimento das variegadas teses.

Entretanto, por mais que cada uma delas inspire uma lógica plausível na defesa da escolha de um ou outro momento mais adequado para a oitiva do réu, não se há de desprezar, em nenhum sentido, as Garantias Constitucionais do acusado.

Por esse prisma, o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório é essência da defesa do acusado e por isso imprescindível na realização do interrogatório. Vislumbra-se, assim, não engendrar uma condição melhor ao acusado, senão uma igualdade de condição com o aparelho estatal da acusação.

A igualdade processual, traduzida na Paridade de Armas, tem fundo constitucional e, no que se refere à Ampla Defesa e ao Contraditório, oportuniza ao acusado, por intermédio de sua defesa técnica, a melhor escolha de sua estratégia de defesa.

Importante compreender que além dos princípios constitucionais que inferem o interrogatório do acusado ao final da instrução, essa concepção é também extraída do Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado do qual o Brasil é signatário, afim de que se cumpram todos os princípios constitucionais inerentes às garantias do indivíduo no processo.

Nesse sentido, a exigência da aplicação do Devido Processo Legal é mister nos atos cometidos pelo Estado Juiz, objetivando a proteção das garantias e direitos individuais.

Assim, mesmo correspondendo às leis especiais, com rito próprio e outras particularidades, sendo sua aplicação adstrita aos crimes específicos para os quais foram criadas, deve seguir os princípios advindos da atual ordem jurídica, adaptando-se a essa realidade. Por tal razão, os direitos do acusado não devem ser lesados e a interpretação de seus textos não deve contrariar os preceitos firmados na Carta Política.

Nessa ótica, o HC 127.900/AM se destaca como indicativo de que o Supremo Tribunal Federal não mais conflitará em suas decisões relacionadas ao tema, admitindo-se que a Corte Superior sempre prezou pelos princípios processuais constitucionais, notadamente quando se trata da defesa do acusado.

Não se pode deixar de compreender a complexidade do tema, em parte por se verificar que não há lacunas na legislação especial que autorizem a subsidiariedade do Código Processual Penal e, em parte, por ter o legislador escolhido não aplicar o disposto na Lei 11.719/08 às leis extravagantes, o que se infere que era esta a sua vontade.

Por outro lado, o ordenamento jurídico deve estar arrimado no que mais extensivamente assegurar as garantias constitucionais e, nesse aspecto, para grande parte da doutrina pátria, o interrogatório do réu ao final da instrução criminal é efetiva garantia de Ampla Defesa e do Contraditório. No mesmo sentido observa o Ministro Dias Toffoli, Relator do HC 127.900/AM, ao afirmar que a Lei 11.719/90 trouxe a adequação do sistema acusatório aos preceitos constitucionais vigentes, o que possibilitou maior efetividade ao Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.

O raciocínio inquisitorial no tocante ao interrogatório nas leis especiais em comento destoa do complexo jurídico brasileiro, o qual passa por inevitáveis mudanças no campo processual, reconhecendo o interrogatório como meio de defesa.

Nesse sentido, ao se manter o interrogatório como primeiro ato da instrução criminal não há como esconder o prejuízo ao acusado decorrente da impossibilidade de defesa daquilo que ainda não foi produzido, ou seja, o acusado estará, naquele momento processual, produzindo as provas, as quais já deveria ter conhecimento para sua defesa.

Por tal motivo e por ser tão importante para o cumprimento dos preceitos constitucionais, constituindo meio de defesa, garantindo a defesa ampla, compondo igualdade entre as partes processuais, defende-se o interrogatório do acusado como último ato da instrução criminal, sendo, destarte, possível a aplicação da Lei 11.719/08 ao procedimento concernente ao rito do interrogatório contido na Lei 11.343/06 ou em outras leis especiais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://lelivros.online/book/baixar-livro-curso-de-direito-constitucional-contemporaneo-luis-roberto-barroso-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2016

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Código Eleitoral. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 11.719, de 20 de junho de 2008. **Vade mecum método penal**. São Paulo: Método, 2016.

\_\_\_\_\_. **Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm)>. Acesso em: 19 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre substâncias psicotrópicas**. Decreto 79.388, de 14 de março de 1977. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Convenção Única sobre Entorpecentes**. Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Vade mecum método penal**. São Paulo: Método, 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Habeas Corpus nº 122.229/SP**, do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25100538>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Habeas Corpus nº 314.032/PB**, do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, Brasília, DF, 5 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/189152531>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Habeas Corpus nº 127.900/AM**, do Superior Tribunal Militar, Brasília, DF, 03 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 125.094/MG**, do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 10 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Matéria criminal. **Habeas Corpus nº 121.171/SP**, do Tribunal Regional Federal da 3ª região, Brasília, DF, 22 de março de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19106747>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Matéria criminal. **Habeas Corpus nº 205.364/MG**, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasília, DF, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21287398>>. Acesso em: 25 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Informativo 816**, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 29 de fevereiro a 04 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. **Súmula 15**. A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20Jun08, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/noticias/itemlist/tag/s%C3%BAmula%2015>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Matéria criminal. **Apelação Criminal Nº 5013685-89.2014.4.04.7100/RS**, Porto Alegre, RS, 26 de abril de 2016. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340004055>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Oitava Questão de Ordem na Ação Penal 470/MG**, do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 03 de março de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622381>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. **Agravo Regimental na Representação nº 328/MG**, do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de setembro de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7187199>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Habeas Corpus nº 82.933-3/SP**, do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 27 de março de 2003. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14809552>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

CALIARI, Fábio Rocha; CARVALHO, Nathan Castelo Branco de; LÉPORE, Paulo. **Manual do advogado criminalista: teoria e prática**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.rocha

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. Suplemento eletrônico da 5ª edição. Niterói: Impetus, 2008. Disponível em: <[www.impetus.com.br](http://www.impetus.com.br)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo de direito**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015. <<http://lelivros.online/book/baixar-livro-introdução-ao-estudo-do-direito-teoria-geral-do-direito-gustavo-filipi-barbosa-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scaranci; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: RT, 2005.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação especial criminal comentada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://lelivros.online/book/download-estado-de-direito-e-jurisdicao-constitucional-gilmar-ferreira-mendes-em-epub-mobi-e-pdf/>>. Acesso em 10 mai. 2016.

MIGUEL, Cláudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de direito processual penal militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do código de processo penal. **Revista da ESMP**, São Paulo, Ano 1 - Volume 2, nº 1, julho/dezembro 2008. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/2010/revista1\\_vol2\\_2008.pdf](http://www.esmp.sp.gov.br/2010/revista1_vol2_2008.pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- \_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Prática forense penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014.
- ROTH, Ronaldo João. As inovações no CPP comum: o interrogatório deve ser o primeiro ou o último ato na instrução criminal do processo penal militar? **Direito militar**, Florianópolis, ano XVIII, n. 110, p. 14-18, nov./dez. 2014.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de processo penal para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- TOLEDO, João Roberto de. O interrogatório do acusado no Processo Penal Militar deve se dar ao final da instrução. **Jusmilitares**, 2012. Disponível em: <[http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/interrogatorio\(1\).pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/interrogatorio(1).pdf)>. Acesso em 17 mar. 2016.
- TRISTÃO, Adalto Dias. **O interrogatório como meio de defesa**: enfoque constitucional e processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- VILELA, Augusto Tarradt. A posição do interrogatório no rito da lei de drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ E STF **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.24, n. 124, p. 105-141, out. 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.124.04.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.124.04.PDF)>. Acesso em: 17 jan. 2017.