

**O INTERROGATÓRIO NA LEI 11.343/06 E SUA COMPATIBILIDADE COM O
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**THE INTERROGATION AT 11.343/06 LAW AND ITS COMPATIBILITY WITH
THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE AND WITH THE FEDERAL
CONSTITUTION**

Mari Cristina de Freitas Fagundes e Alberto Conceição da Cunha Neto

RESUMO:

O presente trabalho visa verificar a constitucionalidade do interrogatório ante as mudanças efetuadas na lei, fundamentando-se através do postulado pela doutrina e as atuais modificações ocorridas nos textos legais, bem como as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e Supremo Tribunal Federal (STF).

A análise se faz relevante ante a possibilidade de haver cerceamento de defesa ao cidadão que figura como acusado na 'Lei Anti-drogas', o que iria de encontro com o preceituado pela Constituição Cidadã.

Conforme estudo dos procedimentos processuais penais, bem como a forma para aplicação da lei, pretende-se chegar à conclusão de estar ocorrendo ou não afronta às normas vigentes. O estudo será realizado com base na Doutrina atual e recentes decisões proferidas nos Tribunais *ad quem*.

ABSTRACT:

The present study aims to determine the constitutionality of interrogation before changes made in the law, basing in the assumption by the doctrine and the current changes occurring in the legal texts and decisions taken by the Supreme Court and the Rio Grande do Sul Court.

The analysis is relevant for the possibility of there being stifling defense to citizens appearing as a defendant in the 'Anti-drugs', which will goes against the precepts of the Constitution.

According to a study of criminal court procedures, as well as how law enforcement, its intended to reach the conclusion to be happening or not an affront to the current rules. The study will be based on current doctrine and recent decisions in the courts *ad quem*.

Palavras chave: Interrogatório. Código de Processo Penal. Constituição Federal. Nulidade.

Key Word: Interrogatory. Code of Process Penal. Constitution Federal. Nullity.

INTRODUÇÃO

Visa-se com o presente artigo analisar o interrogatório na Lei de Drogas, a fim de cotejar a lei especial com o Código de Processo Penal (CPP) e com os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório para verificar a compatibilidade com o atual parâmetro legal, pertinente a este assunto. Além disso, necessário destacar o posicionamento da doutrina no que se refere ao interrogatório do acusado no processo penal.

Para analisar se há efetivamente descumprimento ao preceituado pela Constituição Federal (CF) vigente e os princípios que a compõe, serão abordados alguns princípios pertinentes ao tema, bem como as mudanças perpetradas ao CPP, bem como o atual posicionamento jurisprudencial contrapondo com o ato do interrogatório na Lei 11.343/06.

Com base em interpretação comparativa da norma com o restante do ordenamento processual penal e constitucional, expor-se-á a ideia relativa a validade ou não da aplicação do interrogatório como primeiro ato da instrução criminal.

1. Considerações Acerca do Processo Penal Constitucional: Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

Sempre que ocorre a prática de um fato previsto em lei como típico penal surge para o Estado a pretensão punitiva, a qual deverá ser deduzida, por meio do processo, perante o Poder Judiciário, único com competência para a aplicação do Direito ao caso concreto.

Paulo Rangel, ao explicar a solução do litígio através do processo, esclarece:

[...] o Estado-juiz intervém, substituindo a vontade das partes pelo comando legal, aplicando a lei ao caso concreto e extraíndo a regra jurídica que valerá para as partes como lei (cf. art. 468 do CPP). No âmbito penal, a forma de solução de um litígio somente pode ser através do processo. (RANGEL, 2010, p. 227).

Contudo, para a persecução criminal, necessita o Estado preservar os direitos fundamentais do acusado, dentre outros o devido processo legal (art. 5º, LIV). Sua

importância é tanta, que há autores que o denominam de “devido processo constitucional ou devido processo da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito” (PORTO, USTÁRROZ, 2009, p. 121-122). Isto é, a aplicação efetiva da norma, juntamente com princípios basilares tanto elencados no Código de Processo Penal como na Constituição Federal. Nas palavras dos autores referidos:

Nesta medida, não é difícil apontar para a existência de um direito constitucional-processual principiológico, que se materializa no devido processo, de onde partem as luzes necessárias para interpretar as regras dos sistemas processuais especializados, bem como os princípios infra constitucionais próprios dos micro-sistemas processuais (PORTO, USTÁRROZ, 2009, p. 124).

Percebem-se na Constituição Republicana, inúmeros artigos e incisos que trazem de forma clara alguns princípios que a compõe, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), princípio da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, “a”), princípio do Juiz natural (art. 5º, LIII), entre outros.

“Nenhum ramo do direito pode na atualidade ser estudado sem o auxílio dos princípios” (GOMES, MARQUES, 2011, p. 34). Isso porque os princípios tratam-se da base do ordenamento jurídico; através deles é que se fundamenta a existência da norma e, obviamente, necessários a observância para o regular andamento do processo e da garantia dos direitos fundamentais. Pedro Lenza ressalta a diferenciação entre direito e garantias constitucionais:

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados (LENZA, 2008, p. 589).

Diante de uma Constituição que visa o Ser Humano como ponto maior de todo o ordenamento, ou seja, a sociedade e não um soberano como outrora, possível entender a necessidade de se assegurar de forma efetiva a aplicação dos princípios determinados pela Constituição Federal de 1988, até mesmo porque, muitas vezes, são eles a válvula de escape para a resolução de certos problemas existentes na norma (RANGEL, 2010). Assim:

É na Constituição, portanto, que o processo penal vai encontrar seu embasamento, porque é na Constituição que estão consagrados os princípios do regime adotado por

uma nação, e podemos dizer que o sistema brasileiro revela uma diretriz inequívoca de valorização da pessoa humana (GRECO FILHO, 2010, p. 40).

Para a finalidade do presente trabalho, que objetiva a análise do momento processual constitucionalmente adequado para a realização do interrogatório na Lei n. 11.343/06, os princípios da ampla defesa e do contraditório constituem medida essencial para a lisura do devido processo legal.

A CF/88 garante no art. 5º, inc. LV, verbis:

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

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 2012c);

Como se percebe do artigo supratranscrito, é possível verificar a necessidade da observância do princípio da ampla defesa para que o acusado possa refutar de forma específica a acusação que lhe é feita. Ainda que se considere, por exemplo, um acusado da prática de crime de tráfico de entorpecentes (que é equiparado a hediondo), este não possui o mesmo aparato institucional que o Estado dispõe para sua acusação. Sobre essa questão, Nucci ensina:

Considerando, no processo [o réu], parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre meio forte, agindo por órgão constituidores e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2010, p. 82).

“Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar” (CAPEZ, 2011, p. 64). Percebe-se de tal conceito, que a defesa tem o direito de saber exatamente todas as provas vinculadas ao processo, isto é, o direito de manifestação incisiva sobre todas as provas que fazem parte do processo para que não haja cerceamento, uma vez que se trata de manifestação da qual pode o juiz convencer-se ou não, para prolatar a sentença ou decisão interlocutória.

O princípio do contraditório, por sua vez, também denominado bilateralidade de audiência, consiste na exteriorização do princípio da ampla defesa. É impossível a defesa do acusado sem ciência prévia da imputação e sem a possibilidade de contraditar todas as

afirmações e provas produzidas pela acusação, “por isso se diz que há no contraditório informação e reação, pois é a ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los” (RANGEL, 2010, p. 17).

Logo, nota-se que o acusado tem a necessidade de saber o que está ocorrendo nos autos, isto é, para que haja possibilidade de manifestação quanto aos fatos imputados. É necessário que tenha ciência de todas as provas colhidas no processo até prestar seu depoimento: “o direito ao contraditório é a mais óbvia condição do processo justo (seja prévia, diferida ou eventual a forma de sua realização) e é indispensável a qualquer idéia de administração organizada de Justiça. (SARMENTO, SARLET, 2011, p. 559).

Paulo Rangel (2010) pontua que o contraditório não é apenas dizer e contradizer, mas sim, possibilitar a defesa e acusação de forma igualitária, por isso da necessidade de nomeação de defensor dativo quando o réu não apresenta advogado constituído nos autos.

Gilmar Pereira Mendes tem posicionamento no mesmo sentido, referindo que a ampla defesa não é apenas a menção de que há esta possibilidade no processo, mas sim, assegurar a efetiva manifestação das partes, sob pena de ferir os preceitos constitucionais. Em suas palavras: “há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 646).

Portanto, com base nos princípios do contraditório e ampla defesa, acima expostos, o acusado tem o direito de ser cientificado e de manifestar-se efetivamente sobre os fatos; não basta a simples menção, por exemplo, de que há a possibilidade de contraditar os depoimentos e de que possui o direito amplo de se defender se assim concretamente não o fizer. Daí o questionamento neste texto a respeito do momento processual do interrogatório na Lei Anti-drogas, realizado como primeiro ato da instrução, antes mesmo do depoimento das testemunhas.

Conclui-se, pois, que a persecução penal deve respeitar as garantias constitucionais do acusado, sob pena de nulidade.

2. Autodefesa e Interrogatório do CPP

Como visto acima, para o devido processo legal, é necessária a observância dos princípios fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, dentre eles o contraditório e a ampla defesa. Esta se divide em autodefesa e defesa técnica (NUCCI, 2010). A primeira exercida pelo próprio acusado, mediante o comparecimento a todos os atos do

processo e, sobretudo, no interrogatório, quando, na presença da autoridade judiciária, poderá dar, querendo, a sua versão sobre os fatos.

Em outras palavras, o acusado se defende de modo direito no processo, quer mediante o acompanhamento dos atos processuais, quer contraditando as provas produzidas nos autos e, por fim, comparecendo perante o juiz para ser interrogado e exercer pessoalmente a sua defesa.

Por sua vez, a defesa técnica é essencial para o regular andamento do processo, já que o réu possui o direito de ser entrevistado reservadamente pelo seu advogado antes de prestar seu depoimento, sendo nulo o ato que ocorrer sem a presença do defensor. Ademais, as peças processuais no decorrer do processo serão apresentadas pelo Defensor que acompanhou o réu, ou aquele nomeado pelo juízo.

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato (BRASIL, 2012b) grifos nosso.

Como acima referido, o processo penal deve respeitar a garantia do devido processo legal, efetivado mediante regras que estabelecem o modo como, internamente, serão realizados os atos processuais, dentre eles, no que interessa ao presente artigo, o interrogatório do acusado.

Para tanto, existem os procedimentos em matéria processual penal, que são as formas de aplicação do processo, ou seja, a maneira como o processo andarà para chegar até a sentença. Assim, “o procedimento é a forma e o ritmo dado à sucessão dos atos que buscam a sentença.” (NUCCI, 2010, p. 185).

Fernando Capez conceitua procedimento penal:

[...] o procedimento, entendido como cadeia de atos e fatos coordenados, juridicamente relevantes, vinculados por uma finalidade comum, qual a de preparar o ato final, ou seja, o provimento jurisdicional, que, no processo de conhecimento, é a sentença de mérito (CAPEZ, 2011, p. 56).

Determina o art. 394, CPP, que “O procedimento será comum ou especial.” Aquele constitui a regra prevista no Código de Processo Penal; este é a exceção e vem previsto tanto na lei processual penal quanto em lei especiais, como, por exemplo, na Lei n.º 11.343/2006, que trata dos procedimentos adotados nos delitos que versam sobre o Tráfico de Drogas.

O procedimento comum trata dos ritos ordinário e sumário. Tais disposições contêm os atos e prazos processuais a serem seguidos na persecução criminal. Dentre outras disposições, prevê o momento processual do interrogatório do acusado – ao término da instrução criminal. A seu turno, a Lei n.º 11.343/06, versando sobre seu procedimento, estabelece o momento em que será realizado o interrogatório – no início da audiência instrutória.

Independentemente do procedimento a ser adotado, é obrigatória a assistência por defesa técnica durante o interrogatório, já que se trata de previsão constitucional, conforme dispõe o art. 5º:

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

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 2012c) grifos nosso.

Além de ser o interrogatório ato necessário no processo para o regular andamento da instrução, necessário se faz que o acusado seja assistido por defesa técnica, como exposto acima, caso contrário o ato também será nulo, uma vez ser exigência postulada em lei, a não observância trata-se de afronta ao ordenamento jurídico.

“A partir da edição da Lei 10.792/2003, torna-se indispensável que o interrogatório seja acompanhado por defensor, dativo ou constituído” (NUCCI, 2010, p. 420). Isso significa dizer, que mesmo o réu não constituindo advogado, o juiz nomeará defensor para acompanhar o acusado em audiência e a responder em todos os atos processuais que dependam de defesa técnica, para que não haja cerceamento de defesa. Além disso, antes do início de sua inquirição, o réu tem o direito de ser entrevistado pela defesa separadamente.

No que diz respeito ao interrogatório especificamente nos ritos ordinário e sumário, vê-se grandes mudanças na legislação vigente no decorrer dos anos, pois com base nos princípios da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, paridade de armas entre as partes, o CPP veio sofrendo significativas transformações, sendo o interrogatório um dos títulos que houve modificação com tais postulações legislativas (RANGEL, 2010).

Guilherme de Souza Nucci ensina que para alguns, o interrogatório é apenas meio de prova, para outros é apenas meio de defesa. Ainda há aqueles que entendem ser meio de

defesa e de prova. Por fim, alguns autores compreendem ser, primordialmente, meio de defesa e, em segundo plano, meio de prova (NUCCI, 2009).

Doutrinadores como Paulo Rangel (2010) e Edilson Mougnot Bonfim (2010), entendem que após as reformas ocorridas no Código de Processo Penal, o interrogatório passou a ser primordialmente meio de defesa: “o interrogatório, de acordo com a lei 11.719/08, passa a ser um verdadeiro meio de defesa, pois o réu é ouvido após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa” (RANGEL, 2010, p. 561). Relata o autor que antes da promulgação da referida lei, o interrogatório no processo ordinário era realizado de antemão, o que o tornava “em verdadeiro prejuízo a ampla defesa do acusado” (RANGEL, 2010, p. 561).

Mougnot (2010), por sua vez, pontua que o legislador entende que o interrogatório é meio de prova, já que o colocou no capítulo que versa sobre a prova no Código de Processo Penal. Entretanto, esclarece que com as reformas entabuladas pela Lei 11.900/2009, trouxeram características peculiares ao interrogatório, aproximando-o como meio de defesa do réu.

Guilherme de Souza Nucci (2010) entende que o interrogatório é meio de defesa e prova, pois com a versão prestada pelo acusado poderá se auferir dados não prestados pela vítima ou por testemunhas, auxiliando a acusação; ou então, a versão apresentada pelo interrogando, corroborada por outros elementos já acostados aos autos, alavancando sua tese defensiva, logo, servindo como meio de defesa.

Diferentemente é o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 295), que afirma: “a despeito da sua posição topográfica, o interrogatório é meio de defesa”.

Diante disso, tendo em vista a posição atualmente majoritária, que se fundamenta no momento da realização do ato processual no procedimento comum ordinário e sumário, o qual estabeleceu o interrogatório como último ato da instrução, entende-se ser este meio de defesa, pois o acusado, frente à Autoridade Judiciária, tem o direito, inclusive, de permanecer em silêncio, já que não precisa prestar prova contra si. Ainda, como se extrai do art. 400, *caput*, Código de Processo Penal, o interrogatório figura como último ato do processo:

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 (grifos nossos) (BRASIL, 2012b).

Ou seja, o acusado tem o direito de prestar depoimento tão somente após ciência de todas as provas colhidas no feito, podendo refutá-las pontualmente em seu depoimento. E também, caso entenda conveniente, pode confessar a prática delitiva, tendo aqui a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d” Código Penal).

O juiz condutor iniciará os questionamentos ao réu, de forma imparcial. “Não pode o juiz gerar no réu medo, insegurança, nem tampouco revolta e rancor. O momento é de autodefesa, primordialmente” (NUCCI, 2010, p. 430).

Necessário destacar, o réu pode comparecer em juízo, quando não há necessidade de identificação, e prestar seu depoimento ou permanecer em silêncio; deve comparecer quando há necessidade de identificação, ou seja, não há certeza quanto a seus dados, podendo ou não depor sobre o restante do processo (TOURINHO FILHO, 2009).

Cumpra esclarecer que somente pode se preservar ao direito constitucional de permanecer em silêncio quanto aos fatos; quando se fazer presente em juízo, necessita responder as perguntas efetuadas referente a sua identificação (nome, profissão, grau de estudo, endereço, etc).

Isso serve para dizer que o acusado somente será conduzido ao juízo, quando houver dúvida quanto a sua qualificação, caso contrário, o seu não comparecimento incidirá em sua revelia, não sendo mais intimado dos atos processuais posteriores àquele que não se fez presente sem qualquer justificação, diferente, por exemplo, das testemunhas necessárias para as provas a serem colhidas no processo, pois estas serão conduzidas (art. 218, CPP).

Portanto, é direito do acusado comparecer em juízo e dar a sua versão sobre os fatos, desde que queira exercer esse direito.

Quanto a autodefesa, onde o acusado exerce abertamente seu direito de defesa, isso se dá, por exemplo quando do interrogatório, já que se trata de ato personalíssimo, sendo direito do acusado a oportunidade de tal ato e dever do Estado tempo para o depoimento pessoal do réu.

O réu tem o direito de se manifestar oralmente frente ao juízo processante, defendendo-se de todas as provas colhidas nos autos, como se depreende do disposto no art. 400, supra transcrito, já que antes de sua oitiva todas as provas já foram colhidas nos autos. Vê-se aqui, a necessidade de amparo ao princípio da oralidade, já que a parte tem o direito de se manifestar oralmente sobre os fatos, sendo dever do Estado possibilitar essa manifestação.

Pontua Gilmar Mendes, que além da Constituição Republicana, o Código de Processo Penal, com as mudanças trazidas pela Lei 11.719/2008, ampliou a ampla defesa do acusado:

O Código de Processo Penal, com as alterações introduzidas pela lei 11.719/2008, privilegia marcadamente a amplitude de defesa. O interrogatório constitui-se, no sistema vigente, em elemento indispensável de defesa do acusado, tendo o art. 400 do Código de Processo Penal determinado que o interrogatório seja a última prova a ser colhida na instrução processual, possibilitando, assim, que o acusado fale apenas depois conhecer todas as provas e argumentos em seu desfavor (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 649).

Referindo-se às garantias constitucionais quanto a definição de crime, bem como para que se chegue a uma pena concreta, salienta Gilmar Ferreira Mendes que todas as formalidades processuais e princípios constitucionais devem ser observados, visando sempre a proporcionalidade como parâmetro de aferição de constitucionalidade.

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito e o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau que não realiza o direito fundamental de proteção. (MENDES COELHO e BRANCO; 2010:688, apud Carlos Bernal Pulido).

Não se pode esquecer que o Estado tem o dever de garantir o cumprimento das seguranças constitucionais. O princípio da proporcionalidade, nesse sentido, impõe o respeito aos princípios que compõem a Carta Magna e que devem ser sempre respeitados dentro do limite da punição. Aqui, se vê a necessidade da observância do devido processo legal, já exposto neste texto.

Desse modo, com base na atual posição do interrogatório na legislação vigente – CPP –, bem como com fundamento nos princípios constitucionais, tem-se o interrogatório como meio de defesa, aliás, autodefesa, já que o réu pode se manifestar de forma oral, esclarecendo e rebatendo as provas colhidas nos autos.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O INTERROGATÓRIO NA LEI 11.343/06

A Lei 11.343/06 trata-se de norma relativamente nova, pois passou a vigor a partir do ano de 2006 revogando os diplomas anteriores que versavam sobre delito envolvendo entorpecentes.

É uma lei especial, o que significa dizer que o procedimento adotado por esta detêm determinadas peculiaridades que prevê não só condutas típicas relativas ao envolvimento com

drogas, como também o procedimento a ser seguido na persecução penal, exemplo disso é o interrogatório.

Os crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica são definidos na Lei n. 11.343, de 23-8-2006, que inclusive traça o respectivo procedimento e expressamente revoga as Leis n. 6.368/76 e 10.409/2002 (TOURINHO FILHO, 2009, p. 275/276).

Quando não há previsão expressa nesta lei, utiliza-se do diploma geral, qual seja, o Código de Processo Penal, conforme dispõe o art. 48 da lei especial.

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 2012d).

Especificamente o que interessa ao presente trabalho é o regramento referente ao interrogatório do acusado, previsto como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento.

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. (grifos nosso)

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. (BRASIL, 2012d)

Como se percebe do dispositivo acima transcrito, inicialmente, interroga-se o acusado, após as testemunhas de acusação e de defesa, respectivamente.

A necessidade de análise de compatibilidade desse dispositivo com as normas vigentes se dá porque no Código de Processo Penal, como já mencionado, o acusado é interrogado ao término da instrução criminal tendo ocorrido esta mudança justamente para possibilitar ao réu maiores meios de defesa, exercendo, assim, efetivamente a ampla defesa, o que antes da mini-reforma ocorrida em 2008 não acontecia.

A doutrina inclusive se manifesta nesse sentido: “é importante destacar que o interrogatório finalmente foi colocado em seu devido lugar: último ato da instrução” (LOPES JR., 2010, p. 217). No mesmo sentido se manifestou Denilson Feitoza Pacheco (2009, p. 743):

O interrogatório é, por conseguinte reforçado como meio de defesa. A oitiva do acusado antes (ou no início) da instrução criminal parte do pressuposto de que ele é

culpado, possibilitando que seja utilizado mais para obter elementos incriminadores de orientação da instrução criminal do que para defendê-lo.

Tratando-se de lei especial, segundo o princípio da especialidade, aquela prevalece sobre a geral; esta poderá revogar algum dispositivo existente naquela, no entanto, deve especificar exatamente qual dispositivo, conforme dispõe o art. 9º da Lei Complementar 95/98, “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.” (BRASIL, 2012e).

Vê-se que a Lei 11.719/08 embora tenha trazido modificações ao interrogatório no Código de Processo Penal, em nada especificou quanto a Lei 11.343/06. Diante disso, o interrogatório mesmo ocorrendo de antemão, não estaria em divergência com a ordem prevista na norma especial.

[...] a *lex superior* (a norma superior revoga a inferior na hierarquia), a *lex posterior* (a que vem por último, no tempo, revoga a anterior) e a *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta tem de especial, a geral só revoga a especial se alterar totalmente o regime no qual está aquela incluída). (FERRAZ JR., 2010, p. 171).

Percebe-se tratar-se de norma válida e eficaz; válida já que efetuada pelo poder competente e eficaz porque produz efeitos no mundo jurídico, sendo adotada em seus procedimentos.

Importante relatar que Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 277), ao explicar os procedimentos realizados quando da instrução criminal na Lei de Drogas, pontuando sobre o interrogatório, ensina: “Na audiência de instrução e julgamento, após a ouvida da testemunha (máximo de 5 para cada uma das partes), será o réu interrogado e em seguida será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao Defensor do acusado, para sustentação oral [...]” (grifos nosso).

Vê-se aí, divergência postulada pela doutrina, em que pese haja especificação na lei de que o interrogatório deve ser realizado como primeiro ato da instrução. Isso ocorre, porque diante das reformas previstas no CPP, resta evidenciada a preocupação do legislador em assegurar a amplitude de defesa ao acusado, transferindo o interrogatório para o término da instrução criminal, sendo também o entendimento adotado por alguns doutrinadores.

Aqui cabe ressaltar, que a Constituição Federal tem como princípios basilares a ampla defesa e contraditório, já expostos nesse trabalho. Logo, a observância de tais princípios se faz cogente para assegurar o devido processo legal quando da formulação de novas Leis.

Através da norma posta na Constituição bem como nos princípios constitucionais, necessário que o restante do ordenamento esteja de acordo com o determinado pela Carta

Magna, caso contrário chama-se a lei, ou dispositivo em desacordo, de inconstitucional, devendo ser extirpado do ordenamento jurídico, adaptando a norma ao determinado pela CF (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010).

Veja-se que pelo fato do Código de Processo Penal ser de 1941, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, visando a dignidade da pessoa humana e ampla defesa das partes no processo, o CPP necessitou se adaptar ao disposto naquela, justamente, como se percebe dos ensinamentos doutrinários acima, para ampliar o direito de defesa do acusado, tornando o interrogatório, conforme entendimento majoritário, meio de defesa.

Essa possibilidade de modificação se faz cogente ante a sociedade em que vivemos, pois esta muda, devendo o ordenamento jurídico acompanhar suas mudanças “Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance de suas prescrições” (MAXIMILIANO, 1980, p. 09-10).

Assim, necessário que o intérprete da norma, deva de maneira incisiva, verificar o motivo das modificações postas no diploma legal, porque diferente de outrora, mesmo que o texto da lei seja claro, não é por sua clareza que não pode ser modificado, interpretado, analisado e contraposto com o restante do ordenamento jurídico.

Desse modo, necessário se faz a análise comparativa interpretativa dos diplomas legais – CPP, CF e Lei 11.343/06 – na tentativa de verificar se o disposto hoje na norma especial no que tange ao interrogatório encontra-se com fundamento no disposto pela Doutrina e as normas vigentes atualmente no ordenamento jurídico.

4. INTERROGATÓRIO NA LEI DE DROGAS: (IN)VALIDIDADE FRENTE AO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO

Em que pese não ter havido nenhuma previsão específica de parcial revogação do art. 57 da Lei 11.343/06, a questão não escapa de uma análise sistêmica da ordem constitucional, sobretudo diante do princípio da ampla defesa.

Considerando o interrogatório meio de defesa, pois “é neste momento em que o réu poderá exercer sua autodefesa positiva ou negativa (direito ao silêncio), sendo obrigatória a presença de defensor” (LOPES JR., 2010, p. 217), a realização como primeiro ato da instrução constituiria violação ao princípio da ampla defesa.

Mesmo sendo norma instituída pelo poder competente, necessário destacar o ensinamento de Norberto Bobbio (2004, p. 47) quando se refere à validade da norma: “[...]”

averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama de ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, [...]”.

De tal ensinamento, percebe-se que mesmo havendo validade da norma quanto a originalidade, já que emanada de um poder competente e mesmo não tendo sido sub-rogada pela norma geral, necessário que esteja de acordo com a Lei Maior, mesmo que não tenha sido revogada ou modificada expressamente.

O mencionado autor explica:

‘Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, concede arbitrariamente ou refuta os direitos do homem, carece de validade... até mesmo os juristas devem encontrar coragem para refutar-lhe o caráter jurídico.’; e em outra parte: ‘Pode haver leis com tal medida de injustiça e de prejuízo social que seja necessário refutar-lhes o caráter jurídico... tanto há princípios jurídicos fundamentais mais fortes que toda a normatividade jurídica, que uma lei que os contrarie carece de validade’. (BOBBIO, 2001:55, apud Rechtsphilosophie – filosofia do direito -, 4ª ed., 1950, p. 336-353).

Assim, o disposto na Constituição Federal deve estar acima do disposto na norma geral ou específica, não estando estas de acordo com aquela, não podem permanecer como norma válida dentro do ordenamento jurídico – “lex superior derogat inferiori” – (FERRAZ JR., 2010, p. 171).

Pontuando sobre a composição dos atos processuais regidos pela Lei de drogas, Paulo Rangel esclarece:

Contudo, perde-se, mais uma vez (na lei 10.409/2002 revogada, o art. 41 também assim se manifestava), a oportunidade de dar ao interrogatório o verdadeiro colorido de meio de defesa ao colocá-lo antes da oitiva das testemunhas. Em verdade, deveria o réu ser interrogado DEPOIS que as testemunhas fossem ouvidas, sejam as de acusação, sejam as de defesa (grifos do autor). A visão garantista do processo penal refuta esse tipo de interrogatório realizado antes da oitiva das testemunhas que vão depor sobre os fatos. Nesse aspecto, a lei nova perdeu uma grande oportunidade de assegurar a efetivação do direito de ampla defesa e do contraditório, como fez a Lei 9.099/95 no rito sumaríssimo e no rito comum ordinário. Há um pecado original na lei nova (RANGEL, 2010, p. 728) (grifos nosso).

Nota-se que a doutrina, de forma tímida, já se manifestou atentando-se para o interrogatório na lei especial, posto que esclarece que a Lei especial pecou em determinar que o ato se realize como primeiro ato da instrução.

Além do confronto com a ampla defesa, existe uma peculiaridade que igualmente contribui para demonstrar a incoerência da manutenção do interrogatório no início da instrução dos crimes previstos na lei de drogas. Com efeito, o narcotráfico é crime equiparado a hediondo, conforme dispõe o art. 5º, inc. XLIII, da CF:

Art. 5º. XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 2012c)

Entretanto, cabe ressaltar que os demais acusados de outras práticas delitivas, como estupro, homicídio, latrocínio, todos considerados crimes hediondos (art. 1º, 2012e), são ouvidos no final da instrução criminal. Com isso, não há que se falar no critério de gravidade do crime para a vedação do interrogatório como primeiro ato, pois a lei determina de modo diverso independentemente do delito.

Basear-se tão somente no princípio da especialidade para manter o interrogatório como primeiro ato da instrução não é medida forte e segura, pois em desacordo com outros princípios.

Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada um para seu lugar próprio (MAXIMILIANO, 1980, p. 128) (grifos nosso).

Não se pode querer falar em nulidade quando não há prejuízo; mas inquestionável, parece, haver diminuição da defesa do acusado, ocorrendo o interrogatório de antemão; corroborando essas alegações vem a reforma ocorrida no CPP, pois caso estivesse devidamente correta a maneira da instrução, ou seja, o réu ser ouvido de antemão, não teria sido efetuado qualquer mudança: “O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada” (MAXIMILIANO, 1980, p.129).

Logo, o argumento para constitucionalidade do ato é de que uma norma especial prevalece sobre a geral; já o contrário, é de que os princípios basilares do Direito, determinados pela Constituição Federal, bem como o preceituado pelo CPP estão sendo desrespeitados pela referida norma especial.

O primeiro argumento é o que prevalece nas recentes decisões proferidas pelo TJRS (Apelação Crime Nº 70042215772, Apelação Crime Nº 70045491685, Apelação Crime Nº 70035047901, Apelação Crime Nº 70045367018), o entendimento deste Tribunal é de que não há cerceamento de defesa, e nem se estará infringindo qualquer norma processual.

No mesmo sentido se dá o entendimento do doutrinador Denilson Feitoza (2010, p. 744):

Segundo, diante direito constitucional ao silêncio e do princípio constitucional implícito da não-auto-incriminação, o interrogatório ainda que realizado antes da instrução criminal, não tem mais a (suposta) orientação incriminadora. O acusado pode simplesmente calar-se diante da possibilidade de auto-incriminação.

Quanto a este entendimento, sabido que o acusado possui o direito constitucional de permanecer em silêncio, mas ao menos implausível que tenha este que restar analisando se as perguntas propostas podem ou não estar lhe incriminando. Aliás, sequer tem ciência do que será relatado no decorrer da instrução, com isso, não há dúvida de que mesmo restando em silêncio seu direito de se defender amplamente das provas colhidas resta cerceado.

Claro, nenhuma norma mudará da noite para o dia, mas necessário a demonstração de sua desatualização, por conseguinte sua inconstitucionalidade, esclarecendo de maneira fundamentada que a lei, antes de acordo com o ordenamento jurídico, hoje, encontra-se em total contrasenso.

Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, mas todos têm o mesmo objetivo de expurgar do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p.1185) (grifos nosso).

Como relatado, a regra é de que a lei especial prevalecerá sobre a geral, mas não há vedação da modificação dessa regra quando haja fundamentação para interpretação diversa da aplicação prática, ainda mais quando se percebe a violação de princípios constitucionais.

Tanto é assim, que em atual decisão prolatada pelo STF, houve o entendimento de que a não observância do disposto no CPP, estaria violando o direito de defesa do acusado. Além disso, não haveria qualquer incoerência entre a norma geral e a especial se o interrogatório nesta fosse efetuado ao término da instrução. Nessa recente decisão, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu voto no seguinte sentido:

É que, a meu sentir, a norma especial prevalece sobre a geral apenas nas hipóteses em que estiver presente alguma incompatibilidade manifesta insuperável entre elas; nos demais casos, considerando a sempre necessária aplicação sistemática do Direito, cumpre cuidar para que estas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente (Ação penal 528/ DF – Distrito Federal) (grifos nosso).

As alegações no sentido de anular o interrogatório realizado de antemão e transferi-lo para o término da audiência não prejudicará o bom andamento do processo, pelo contrário, estará sendo adaptada uma norma mais recente, onde há maior amplitude de defesa quanto à norma mais antiga. Nesse caso, especificamente, o Código de Processo Penal versus Lei antidrogas, além de estar sendo cumprido o postulado pela Constituição Federal (devida observância dos princípios da ampla defesa e contraditório).

No mesmo julgado, o ministro acima citado embasa seu voto mencionando entendimento do ministro Celso de Melo, o qual cabe destacar:

[...] eu vejo, por exemplo, no interrogatório, um ato de defesa e isso foi muito acentuado por essa recente alteração introduzida pela reforma processual penal de 2008 -, portanto, a realização do interrogatório do acusado como ato final da fase instrutória permitirá a ele ter, digamos, um panorama geral, uma visão global de todas as provas até então produzidas nos autos, quer aquelas que favoreçam, quer aquelas que o incriminam, uma vez que ele, ao contrário do que hoje sucede – hoje, o interrogatório como sendo um ato que precede a própria instrução probatória muitas vezes não permite ao réu que apresente elementos de defesa que possam suportar aquela versão que ele pretende transmitir ao juízo processante -, com a nova disciplina ritual e tendo lugar na última fase da instrução probatória o ato do interrogatório, o acusado terá plenas condições de estruturar de forma muito mais adequada a sua defesa, embora ele, como réu, não tenha o ônus de provar a sua própria inocorrência; cabe sempre o ônus da prova quem acusa [...] (grifos nossos).

Desse modo, em um primeiro momento, o interrogatório realizado na Lei 11.343/06 está de acordo com este diploma legal, vez que o art. 57 estabelece de forma clara o momento do ato e por se tratar a referida lei de norma especial, em tese, prevaleceria sobre geral (CPP) e foi este dispositivo tão só que sofreu mudanças com a Lei 11.719/08. Logo, intacta a lei especial.

Entretanto, o prosseguimento da instrução dessa forma demonstra evidente afronta aos princípios basilares da Constituição Federal, principalmente à ampla defesa e ao contraditório, e mesmo que uma lei especial tenha preponderância sobre a norma geral isso não é sinônimo, como visto acima, de que não possa haver interpretação sistemática dos diplomas legais, possibilitando a utilização do preceituado pela norma geral.

Estando em desacordo com o determinado pela Constituição Federal trata-se de dispositivo nulo, já que todo o ordenamento jurídico deve estar em consonância com o Texto Maior. Assim, havendo cerceamento do direito a ampla defesa, não há que se falar em norma

válida e que possa prosseguir produzindo efeitos no mundo jurídico, ainda mais quando não haverá qualquer prejuízo às partes a utilização do disposto na norma geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÇÃO PENAL 528, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=a%E7%E3o+penal+528&base=baseAcordaos>. Acessado em 15/09/2011, às 07h12min.

BOBBIO, Norberto, **Teoria da Norma Jurídica**. 1ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2001;

BRASIL. **Código Penal**, de 07 de dezembro de 1940. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em fevereiro de 2012a.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 03 de outubro de 1941. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em fevereiro de 2012b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em fevereiro de 2012c.

BRASIL. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acessado em fevereiro de 2012d.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95**, de 26 de fevereiro de 1998. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp95.htm. Acessada em abril de 2012e;

BRASIL. **Lei dos Crimes Hediondos**, de 25 de julho de 1990. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acessada em abril de 2012f;

FEITOZA, Denilson, **Direito processual penal: teoria, crítica e prática**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009;

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís, **Prisão e Medidas Cautelares**, *Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 205/345;

MAXIMILIANO, Carlos, **Hermeneutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva e IDP, 2010;

MOUGENOT, Edilson Bonfim, **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010:416;

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o Conteúdo Processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119-127.

RANGEL, Paulo, **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010:105/115;

RIO GRANDE DO SUL. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação Crime nº 70042215772**. Relator: Des. MARCEL ESQUIVEL HOPPE, JULGADO EM 19/10/2011. Acessado em novembro de 2011;

RIO GRANDE DO SUL. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação Crime Nº 70045367018**. Relator: Des. MARCO ANTONIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, JULGADO EM 14/12/2011. Acessado em abril de 2012;

RIO GRANDE DO SUL. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação Crime Nº 70045491685**. Relator: Des. MARCEL ESQUIVEL HOPPE, JULGADO EM 29/02/2012. Acessado em abril de 2012;

RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul . **Apelação Crime Nº 70035047901**. Relator: Des. OSNILDA PISA, JULGADO EM 28/02/2012. Acessado em abril de 2012;

TOURINHO FILHO; Fernando da Costa, **Processo Penal**. 32ª ed., v. 1 e 3. São Paulo: Saraiva, 2010