

**O INTERROGATÓRIO NO PROCEDIMENTO DA LEI DE DROGAS A PARTIR
DO JULGAMENTO NO STF DO HABEAS CORPUS Nº. 127900**

Autor: Rômulo de Andrade Moreira - Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

Finalmente, na sessão do último dia 03 de março, de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, decidiu que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no art. 400 do Código de Processo Penal (Habeas Corpus nº. 127900). Em seu voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, reafirmou jurisprudência da Primeira Turma no que diz respeito à aplicação de dispositivos do Código de Processo Penal mais favoráveis ao réu, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, propôs modulação de efeitos da decisão para que seja aplicado o interrogatório ao final da instrução criminal aos processos militares ainda em fase de instrução, a partir da data da publicação da ata do julgamento.

Com esta decisão, agora definitiva, ainda que em sede de controle difuso, parece-nos que inevitavelmente este mesmo entendimento deverá prevalecer também relativamente à Lei nº. 11.343/06 - Lei de Drogas.

Não faz sentido, obviamente, aplicar-se o art. 400 do Código de Processo Penal (relativo ao procedimento comum ordinário) ao procedimento especial previsto no Código de Processo Penal Militar e não se aplicar ao rito especial da Lei de Drogas, mesmo porque a modificação operada em 2008 deu-se exatamente em razão da natureza do interrogatório que é, sobretudo, um ato de defesa, momento em que o acusado, diante do Juiz, dará a sua versão, podendo calar, mentir, chorar, sorrir, gritar, etc. É o instante processual tipicamente reservado para a sua autodefesa que, ao lado da defesa técnica, completará a ampla defesa.

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

Muito a propósito também, a lição de Germano Marques da Silva para quem *“a lei reserva ao arguido, para por ele serem exercidos pessoalmente, certos actos de defesa. É o que acontece, nomeadamente, com o seu interrogatório, quando detido, quer se trate do primeiro interrogatório judicial, quer de interrogado por parte do Ministério Público, do direito de ser interrogado na fase da instrução, das declarações sobre os factos da acusação no decurso da audiência e depois de findas as alegações e antes de encerrada a audiência”*. [1]

O interrogatório não pode ser considerado, tão somente, como meio de prova, nada obstante estar disciplinado no Capítulo III, do Título VII do Código de Processo Penal. Adepto desta tese, Ferrajoli entende que o interrogatório é o melhor paradigma de distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório, pois naquele o interrogatório representava *“el comienzo de la guerra forense, el primer ataque del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión”*. Contrariamente, no processo acusatório/garantista *“informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse”*. [2]

Igualmente na Justiça Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal determinou a realização do interrogatório por último. A decisão foi tomada no julgamento do Habeas Corpus nº. 107795. Para o relator, Ministro Celso de Mello, a instrução processual feita pelo Juízo da Zona Eleitoral *“feriu o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, uma vez que tomou como base os procedimentos previstos no Código Eleitoral, em detrimento daqueles presentes na nova redação dada ao Código de Processo Penal, este último mais favorável ao réu. A nova redação conferida pela Lei nº. 11.719/2008 aos arts. 396 e 396-A do Código do Processo Penal configura-se mais benéfica aos réus, uma vez que instituiu a fase preliminar ao interrogatório, conferindo ao acusado a possibilidade de apresentar por escrito um contraditório prévio, em que pode invocar todas as razões de defesa, de natureza formal ou material, assim como produzir documentos, especificar provas e propor testemunhas. A nova ordem ritual definida nos artigos 396 e 396-A do Código do Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/2008, revela-se evidentemente mais favorável que a disciplina procedimental resultante do próprio Código Eleitoral. A própria Suprema Corte, em sucessivas decisões, já reconheceu que a inobservância do contraditório prévio previsto no novo Código do Processo Penal constitui causa de nulidade processual absoluta. O interrogatório, de acordo com a nova redação dada ao artigo 400 do Código do Processo Penal, passou a ser o último ato da fase de instrução probatória de um processo penal. É mais benéfico à defesa possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas como eventuais perícias. O acusado terá a oportunidade de esclarecer divergências que não raramente afloram durante a edificação do conjunto probatório”*.

Assim também entende a Suprema Corte em relação ao rito previsto na Lei nº. 8.038/90 (para as ações penais originárias). Veja, por exemplo, a Ação Penal nº. 528, onde ficou consignado *“que o interrogatório é um instrumento de defesa do réu e, portanto, deve ser colocado ao final”* (...), sendo *“relevante constatar que se a nova redação do artigo 400, do Código de Processo Penal, possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no artigo 7º., da Lei nº. 8.038/90, em homenagem aos princípios constitucionais que são aplicáveis à espécie.”* Quanto à discussão sobre o

aspecto formal, o relator entendeu que o fato de a Lei nº. 8038/90 ser norma especial em relação ao Código de Processo Penal, “*em nada influencia o que até aqui se assentou*”. “*É que, a meu sentir, a norma especial prevalece sobre a geral apenas nas hipóteses em que estiver presente alguma incompatibilidade manifesta insuperável entre elas, nos demais casos, considerando a sempre necessária aplicação sistemática do direito, cumpre cuidar para que essas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente*”.

Ora, se este raciocínio é válido para a Lei nº. 8.038/90, com muito mais razão deve ser observado para a Lei nº. 11.343/06, já que se trata de um procedimento de primeiro grau. Portanto, é preciso que seja observado nos processos relativos a Drogas o disposto no art. 400 do Código de Processo Penal. A falta de atendimento de uma destas exigências acarretará a nulidade do processo a partir da atipicidade do ato que deveria ser praticado, obedecendo-se à **Teoria dei frutti ell' albero avvelenato**.

Saliente-se que tal questão não é “meramente procedimental” como se costuma, depreciativamente e de forma covarde e simplista, afirmar-se em algumas decisões judiciais (muitas vezes para fugir da responsabilidade de enfrentamento da matéria suscitada) que ainda teimam em invocar uma nociva “instrumentalidade do processo” para relativizar o rito processual em detrimento da garantia que ele representa para o acusado no processo penal.

Aliás, Calmon de Passos, há quase duas décadas, já desvelava esta farsa, afirmando que “*falar-se em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual*.” Para ele, a instrumentalidade foi uma resposta dada “*para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. E a resposta foi dada pela palavra mágica da ‘instrumentalidade’, a que se casaram outras palavras mágicas – ‘celeridade’, ‘efetividade’, ‘deformalização’ etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento*”[3]

Pois que, desgraçadamente, até hoje como nunca antes, despreza-se a forma com argumentos utilitaristas, eficientistas e consequencialistas, como se um procedimento em matéria penal fosse apenas um “simples detalhe”, um arremate, digamos assim..., perfeitamente dispensável, esquecendo-se que a sua observância é, sobretudo, uma garantia que o acusado será processado, julgado e (se for o caso) condenado sob o manto do devido processo legal, sem manipulações de qualquer natureza.

(Veja-se, por exemplo, o recente episódio dos documentos enviados desde a Suíça para o processo da chamada Operação Lava-Jato, quando não se observou o procedimento devido, fato ignorado pelo Juiz da respectiva ação penal. Na decisão, o Tribunal Federal Penal da Suíça deixou consignado que: “*Face às circunstâncias do caso atual, pode até ser lícito transmitir a mera informação de caráter sigiloso, no âmbito do processo rogatório ativo. Porém, o fornecimento de*

provas caracteriza uma forma da “entraide sauvage” repudiada. O apelo presente mostra – se, assim, consubstanciado e justificado quanto a este item. Através de seu procedimento, o Apelado privou o Apelante do direito de se pronunciar, quanto à transmissão de seus documentos bancários, ao decorrer do processo rogatório. Uma aprovação de tal procedimento impediria a possibilidade de uma avaliação judicial da transmissão efetuada dos documentos bancários e inviabilizaria a proteção jurídica individual, prevista, contudo, no direito rogatório.” O Tribunal Suíço reconheceu que “*a disponibilização de documentos bancários aos órgãos judiciais penais brasileiros resultou ilegal*” e que houve “*uma transmissão espontânea de provas e informações de forma ilegal.*”[4] Nada obstante, o procedimento continua em trâmite, como se tivesse ocorrido apenas uma mera irregularidade. Mas, como se diz também, o processo é uma marcha adiante...

Toda relativização nesta seara deve ser denunciada, pois incorrerá em flagrante inconstitucionalidade, não havendo que se cogitar em aplicação do (inaplicável) art. 563 do Código de Processo Penal, onde se consagra o Princípio do Prejuízo ou do Pas de Nullité Sans Grief, expressão pernóstica cunhada pela doutrina francesa e estabelecida normativamente pelo Direito francês (apesar de ser um Princípio de Direito mais antigo do que os meus antepassados mais remotos).

No Processo Penal, cujo conteúdo difere substancialmente do Processo Civil[5], o prejuízo decorrente da inobservância do rito deve ser presumido e não provado pela defesa (isso é de uma obviedade...). Aliás, como ensina Cordero ao estudar a etimologia da palavra “rito”, ela surge a partir de “*palabras que traen a la mente la idea de evolución o desarrollo conforme a lo prescrito en cuanto a la forma, y de consecuencia o de tiempo*”.[6]

Notas e Referências:

[1] SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, 3ª. ed., Lisboa: Verbo, vol. I, p. 288.

[2] FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, 3ª. ed., Madrid: Trotta, 1998, p. 607.

[3] CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal, Revista de Processo, nº. 102, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, páginas 55 e seguintes.

[4] <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-suica-provas-enviadas1.pdf>. Em inglês: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-suica-provas-enviadas.pdf>

[5] A propósito, é preciso ler e reler o clássico “A Lide e o Conteúdo do Processo Penal”, de Jacinto Nelson Miranda Coutinho, Curitiba: Juruá, 1998.

[6] CORDERO, Franco, Procedimiento Penal, Tomo I, Colombia: Editorial Temis S/A, 2000, p. 6.