

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A DEFESA NO PROCESSO PENAL – NATUREZA JURÍDICA DO
INTERROGATÓRIO SOB A LUZ DA LEI 11.719/08

Carla Caroline Santana Silva

Presidente Prudente

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A DEFESA NO PROCESSO PENAL – NATUREZA JURÍDICA DO
INTERROGATÓRIO SOB A LUZ DA LEI 11.719/08

Carla Caroline Santana Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Mário Coimbra.

Presidente Prudente

2011

**A DEFESA NO PROCESSO PENAL – NATUREZA JURÍDICA DO
INTERROGATÓRIO SOB A LUZ DA LEI 11.719/08**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

Mestre Mário Coimbra

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

Marilda Ruiz Andrade Amaral

Presidente Prudente, 30 de Maio de 2011

Estamos habituados a julgar os outros por nós próprios, e se os absolvemos complacentemente dos nossos defeitos, condenamo-los com severidade por não terem as nossas qualidades.

Honoré de Balzac

O mais importante da vida não é a situação em que estamos, mas a direção para a qual nos movemos.

Oliver Wendell Holmes

AGRADECIMENTOS

Em princípio agradeço a Deus, por ter me concedido a vida e a família que tenho, bem como a Nossa Senhora Aparecida que nos protege com Seu manto sagrado, livrando-nos dos males que circulam pelo mundo.

Agradeço imensamente a minha Mãe, Terezinha dos Santos Santana por todo amor, carinho, compreensão, união e amizade despendidas a mim nestes vinte e um anos.

De modo especial agradeço ao amor da minha vida, minha irmã, Ana Paula Santana Salzedas. Agradeço seu pai Alcides Salzedas Sobrinho.

Agradeço meu pai Luís Carlos da Silva.

Impossível deixar de agradecer aos meus avôs, que me acolheram neste caminhar acadêmico. Em especial a Josefa Gomes Carvalho, que muito me ajudou custeando meus estudos, pois sem sua ajuda, não estaria alcançando este momento.

Há que serem lembrados, meus primos, Lúcia, Maria Helena, Erison Monteiro e sua mãe, a querida “Tia Lu”, sem esquecer de Luís Carlos dos Santos e sua esposa Sílvia B. Mazetti Santos, bem como, meus estimados padrinhos Catarina e José.

Agradeço também aos meus queridos amigos que de forma peculiar, cada um se fez especial em determinado momento.

São eles: Alexandre Janólio Isidoro Silva, Anna Cláudia Ferreira da Costa, Bruno Diamante. Grigolette, Caique Montanholi Bueno, Denise Nishimoto,

Érica Massuda, Felipe Garcia Teló, Fernando Soares Tolomei, Franciele Almeida, Gabriel A. Itame, Jennifer F. Azenha, Gelson Amaro de Souza Filho, Giovanna E. P. de Andrade, Guilherme Penitente Carvalho, Laís F. Vasconcellos, Laura Tosta, Naína Lorenzano Riveiro, Paulo B. O. Filho, Rafaela Trevisan Avanço, Rodrigo Gigante, Sandro C. R. Bertasso, Schimeny Teixeira, Vitor de Medeiros Marçal.

Agradeço ao meu namorado Leandro Facundes Pim, pelo amor,

carinho e dedicação de todo dia.

É com elevada satisfação que agradeço ao Professor Mário Coimbra, responsável por eu me encantar com o estudo processual penal, quando ministrava suas aulas sobre a disciplina, enriquecendo-nos com seus conhecimentos que parecem ser inesgotáveis. Bem como, por ter aceito ser orientador deste trabalho, pois sem seu auxílio, incentivo e atenção não seria possível concluí-lo.

Ademais, por ser uma pessoa com o qual tenho enorme carinho e admiração, sendo para mim um espelho para seguir na carreira jurídica, tanto pelo profissional, como pelo cidadão que é, pois gostaria de ter ao menos 10% do intelecto, simplicidade e humildade que possui.

Lembro-me do professor Sérgio Tibiriçá Amaral que desde os primeiros dias de aula, demonstra-se preocupado com seus alunos, aconselhando-os, sendo na verdade, orientador de todos nós. Sempre trabalhando em nome da qualidade da Instituição Toledo de ensino, que antes mesmo de nela ingressarmos, já sabemos de seus méritos, e muito disso se deve a ele.

Ademais, faço questão de mencionar as bedéis que colaboram com a funcionalidade e eficiência desta faculdade. Pessoas com as quais acabamos por nutrir um sentimento de amizade, em especial a Marisa Noemia Bohac Manzoli, Marlene Francisca de Sá e Cecília Rizo Biondo

RESUMO

O presente trabalho desenvolveu-se analisando a defesa no processo penal, através da comparação e análise da dogmática constitucional, buscando estudar e compreender as alterações ocorridas na sociedade como um todo, que deram origem à reforma em sede da processualística penal, respeitando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo erigidos na Constituição Federal de 1988. Ademais, foi preciso fazer um paralelo entre a incidência dos princípios constitucionais durante o desenrolar do processo penal aplicados hodiernamente no direito brasileiro, passando-se pela visualização dos principais sistemas processuais (inquisitório, acusatório e misto). Em outro momento, abordaram-se as subdivisões existentes dentro da ampla defesa, que se exteriorizam sob o rótulo das nominadas defesa técnica, autodefesa e defesa efetiva. Neste momento, não foi possível deixar de mencionar às alterações oriundas da Lei n. 11.719/08, que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro modificações acerca da suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, buscando aplicar uma efetiva defesa dentro do processo criminal, abarcando v.g., a defesa preliminar e sua obrigatoriedade, a possibilidade da ocorrência da absolvição sumária, bem como, dispendo sobre a possibilidade em se alegar todas as matérias possíveis na resposta à acusação. Por fim, buscou-se o caminho do interrogatório, com as suas devidas reformas processuais, analisando sua natureza jurídica frente à Lei n. 11.719/08, e os motivos decorrentes da repartição doutrinária sobre o tema.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Processo Penal. Defesa. Procedimento no Interrogatório. Lei n.º 11.719/08.

ABSTRACT

This work concentrates in analyzing the defense in the criminal process through the comparison and analysis of the dogmatic constitution, seeking to study and understand the changes in society as a whole, giving rise to reform in thirst of penal process respecting the rights and guarantees of individual erected in the 1988 Federal Constitution. Moreover, it was necessary to draw a parallel between the incidence of constitutional principles during the course of criminal proceedings applied in our times in Brazilian law, passing by the display of the main procedural systems (inquisitorial, adversarial and mixed). Another time, we dealt with the existing subdivisions within the defense, manifesting under the label of the nominated technical defense, self-defense and effective defense. Right now, we could not fail to mention the changes caused by the Law n.º 11.719/08, which brought the Brazilian legal changes concerning the stay of proceedings, emendation *libelli*, mutation *libelli* and procedures, seeking to implement an effective defense in the criminal process, covering e.g., defense and his primary obligation, the possibility of occurrence of acquittal, as well as providing for the possibility to claim at all possible materials in response to the complaint. Finally, we sought the path of questioning, due to its procedural reforms, examining its legal front of the Law n.º 11.719/08, and reasons arising from the allocation of doctrine on the subject.

Keywords: Constitutional Principles. Criminal Procedure. Defense. Procedure in Interrogation. Law n.º 11.719/08.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS	13
2.1 Sistema Processual Inquisitivo	14
2.2 Sistema Processual Acusatório	17
2.2.1 Particularidades do Sistema Acusatório (Polícia Administrativa / Polícia Judiciária / Federalização da Polícia	22
2.3 Sistema Processual Misto	26
3 PERSECUÇÃO PENAL	27
3.1 Fase Investigatória e Fase Judicial	29
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL	30
4.1 Definição da Expressão “Princípios”	30
4.2 Do Devido Processo Legal	31
4.3 Da Bilateralidade das Partes (Contraditório)	33
4.4 Da Ampla Defesa	38
4.5 Da Vedação das Provas Proibidas	39
4.6 Do Estado de Inocência	43
4.7 Da Razoabilidade da Duração do Processo	45
5 AMPLA DEFESA	48
5.1 Normas Penais X Normas Processuais Penais.....	48
5.1.2 Imediatidade da Aplicação da Lei n.º 11.719/08.....	50
5.1.3 Divisão de Procedimentos Segundo o Artigo 394 do Código de Processo Penal.....	51
5.1.3.1 Procedimento Ordinário	52
5.1.3.2 Procedimento Sumário.....	53
5.1.3.3 Procedimento Sumaríssimo	53
5.1.3.4 Rito Ordinário e Sumário.....	53
5.2 A Defesa Preliminar Nas Leis Especiais.....	55

5.2.1 Da Obrigatoriedade da Nova Defesa Preliminar no Rito Ordinário do Código de Processo Penal.....	57
5.3 Defesa Técnica.....	58
5.3.1 Matérias a Serem Abordadas na Defesa.....	63
5.4 A Defesa Efetiva Frente a Recusa / Desídia do Advogado	64
5.5 Autodefesa.....	66
6 DO INTERROGATÓRIO	67
6.1 Natureza Jurídica	68
6.1.1 Meio de Defesa	70
6.1.2 Meio de Prova	71
6.1.3 Meio de Prova e Meio de Defesa (Teoria Híbrida)	74
6.2 Características.....	76
6.2.1 Personalíssimo	76
6.2.2 Individual	77
6.2.3 Publicidade	77
6.2.4 Judicialidade	79
6.2.5 Oralidade	80
6.2.6 Ato Não Precluso	80
6.3 Conteúdo	81
6.4 Local do Interrogatório	84
6.4.1 Interrogatório <i>On - Line</i>	86
7 CONCLUSÃO	89
BIBLIOGRAFIA	91
ANEXOS	99

INTRODUÇÃO

É certo e determinado que a sociedade sofre transformações, e para que a paz, a ordem social prevaleça, o legislador promove alterações, modificações e extinções dentro do ordenamento jurídico. Ao ser mencionada a norma, este conteúdo está relativizado ao processo, e no caso em tela ao processo penal.

A Magna Carta de 1988 traz em seu bojo diversas garantias fundamentais ao indivíduo, que se exprimem perante a sociedade de direito. O extenso rol de direitos e garantias fundamentais, abarca diversas situações, que em sede de processo penal, devem ser estritamente obedecidas, sob pena de nulidade durante o trâmite processual, incorrendo em prejuízo, ao acusado e por vezes, à sociedade.

Ao futuro operador do direito, se vê presente a necessidade de aprimoramento das questões normativo - legais. Para tanto, a alteração na lei processual penal, que adentrou o ordenamento jurídico brasileiro com o advento da lei nº 11.719/08, é merecedora de estudos, de modo que sejam analisadas as vertentes favoráveis tanto para a sociedade, quanto para o réu, durante o curso do processo.

O Direito Constitucional assegura a todos os indivíduos, as liberdades e garantias individuais, bem como o devido processo legal, abarcado pelo Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. Nada mais justo, para que se possa em um Estado Democrático de Direito, falar em Justiça Social.

Entretanto, sabe-se que mudanças ocorrem quando a sociedade clama por Justiça, buscando afastar possíveis injustiças. Quando se fala em processo penal, essas transformações ocorrem não apenas para repelir injustiças sociais, mas para assegurar a defesa do réu.

Com o advento da Lei nº 11.719/08, a defesa no processo penal passou a ser considerada meio de prova e meio de defesa, ainda que existentes correntes doutrinárias divergentes, visto que o réu participa agora, do último ato da instrução criminal, após a oitiva de testemunhas.

Momento diverso encontrava-se antes na *ordo iuris*, visto que o réu era interrogado e posteriormente ocorria a oitiva de testemunhas e participação do membro do Ministério Público e defensor.

Sempre que uma nova lei passa a ser parte constante do ordenamento nacional, os estudiosos do Direito apresentam problemáticas avaliadas sob a luz de diversas ópticas, e com a referida lei diferente não poderia ser. De modo que surgiram questões referentes sobre a possibilidade de existência de dois momentos para o recebimento da denúncia ou queixa, uma vez que adentra ao processo penal brasileiro, a defesa preliminar.

Por fim, o que se busca, é adquirir a efetiva análise e conhecimento do procedimento de defesa, agora constante no ordenamento brasileiro, com olhos voltados principalmente no que diz respeito ao interrogatório.

2 A EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu artigo 1º¹, princípios que exprimem acerca da existência, forma, estrutura e tipo de Estado, abarcando a soberania como um elemento do Estado Democrático. Neste sentido, é possível fazer uso das palavras de José Afonso da Silva (2009, p.104):

Soberania significa *poder político supremo e independente*, como observa Marcello Caetano: *supremo*, porque “não está limitado por nenhum outro na ordem interna”, *independente*, porque, “na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”.

A soberania estatal está intimamente relacionada com a possibilidade que o Estado possui em organizar a sua estrutura normativa, confeccionando as leis que melhor se amoldam aos seus princípios fundamentais erigidos, para a manutenção da vida em sociedade.

Neste sentido, é válido fazer uso dos ensinamentos de Rangel (2008, p.47), quando disserta sobre o processo penal constitucional:

Assim, o sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

Pode-se concluir que para a efetiva aplicação do direito penal, a utilização do direito processual penal é imprescindível, localizando-se no

¹ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta Constituição.

ordenamento pátrio, como instrumento efetivo para a aplicação do direito material penal. Bem como, a referida instrumentalização do direito penal desenvolve-se no útero dos sistemas processuais que se amoldam cada qual a sua época.

Para tanto, passa-se a estudar os sistemas processuais penais.

2.1 Sistema Processual Inquisitivo

É oriundo da Europa do século XVI, tendo como base o Direito Canônico, surgindo com o argumento para interromper a acusação privada que tomava conta daquele continente. O Estado buscava ter para si o poder de reprimir os crimes cometidos, disseminando a repressão particular que ocorria de forma desenfreada.

Neste período inquisitorial, não se podia mencionar a separação de funções ou mesmo a imparcialidade do Estado-juiz, haja vista, o mesmo concentrava o poder de acusar, defender e julgar o indivíduo.

Bem assevera Rangel (2008, p.48): “No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu previamente um juízo de valor ao iniciar a ação”.

Há que se verificar a ausência de condutas que presem pela igualdade processual, uma vez que, uma das características do referido sistema é a existência de um processo secreto, que escapa a qualquer regra constitucional prevista pela Carta Magna de 1988, o que por sua vez, torna inaplicável o sistema processual inquisitivo no Brasil.

No mais, se faz necessário acrescentar as demais características atinentes ao sistema inquisitivo, trazidas por Mossin (1998, p.18):

(a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é um funcionário do rei ou da autoridade subordinada ao poder

governamental; (b) o juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado; (c) a acusação, que sempre é *ex officio*, permite que a denúncia seja feita de forma secreta; (d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa; (e) o julgamento é feito com base na prova tarifada; (f) a regra era a prisão preventiva do réu; (g) a decisão jamais transita formalmente em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo.

Por inexistirem regras que garantissem os direitos fundamentais do indivíduo, a tortura era corriqueira. O que permite filiarmo-nos ao raciocínio do saudoso ex- ministro da Corte Suprema, João Mendes de Almeida Júnior (1958, p.227) que nos acrescenta:

O processo inquisitório transportava a ação pública das mãos das partes para as do juiz; dava ao juiz o poder, não mais de julgar somente, mas o de dirigir e provocar *ex officio* os atos de instrução; essencialmente secreto, êste processo não faz pesar responsabilidade alguma sobre o inquiridor. A acusação também se transformou: não mais era feita segundo as formas romanas; e as partes, certas de que a denúncia bastava para pôr o juiz em movimento, limitaram-se a isso ou, quando muito, auxiliavam o juiz ou o inquiridor na pesquisa de provas; e, assim estabelecido o processo escrito, a acusação formal da parte ou da justiça, por um promotor, só foi estabelecida para depois que a formação da culpa, feita inquisitorialmente, em processo sumário, iniciado ou por inquirição secreta nos casos de devassa, ou por querela do ofendido, ou de qualquer do povo no interesse público, ou por simples denúncia de crime público, estivesse encerrada. Só daí em diante, pôsto que em forma escrita, seguia-se um processo aberto e ordinário, como no nível, com libelo, contestação, réplica, tréplica, dilação e provas, alegações finais, podendo haver a defesa e perguntas ao réu em qualquer estado da causa antes das alegações finais e da sentença.

Ademais, cumpre acrescentar os estudos de Santiago Santís Melendo apud Marques (2000, p.65): “onde aparece o sistema inquisitório, haverá uma investigação policial (embora chamem de juiz ao funcionário que a dirige), nunca, porém, um processo judicial”.

A Igreja Católica por sua vez, exercia uma espécie de “patrocínio” para a manutenção da aplicação do sistema inquisitivo, conforme ressalta Pacheco (2008, p.55):

Desenvolveu-se em razão da convergência de interesses entre a Igreja Católica, que afirmava sua universalidade e lutava contra os infiéis, e os estados nacionais sob regime de monarquia absoluta, que procuravam se firmar contra o poder feudal.

Fica visível a nossos olhos, que todas as regras autorizadoras da aplicação do sistema, estavam sempre circundadas pelo poderio exaltante da época. Não se esquecendo das influências aplicadas pela religião. Para tanto, dispõe Batista Pereira apud Messias (2006, p. 22):

Espelho onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas idéias religiosas e políticas que, invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado, fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia só ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés e, com a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rei e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua infligção; certos criminosos, como os bígamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos, eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca seu corpo e sepultura se pudesse haver memória.

Quando se versa a respeito da tortura empregada nesta época, é necessário utilizar os sábios ensinamentos de Beccaria (1997, p.61), que em nada deixa a desejar quando expõe:

Crueldade consagrada pelo uso, na maioria das nações, é a tortura do réu durante a instrução do processo, ou para forçá-lo a confessar o delito, ou por haver caído em contradição, ou para descobrir os cúmplices, ou por qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou, finalmente, por outros delitos de que poderia ser réu, mas dos quais não é acusado.

E acrescento mais: é querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz.

Colocando fim ao tópico, é de grande valia adotar os dizeres de Nicola Polansky e Pimenta Bueno apud Marques (2000, p.65), quando assinalam:

O sistema inquisitivo, além de ser incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições. Embora integrado por preceitos que visam a descoberta da verdade real, oferece ele, como notou Polansky, poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por

serem psicologicamente incompatíveis “a função do julgamento objetivo com função da persecução criminal.

Enquanto, na sistemática acusatória, há uma verificação de pretensão das partes, na inquisitiva, existe tão-só um exame da presunção do juiz. E o nosso Pimenta Bueno, com grande realismo e clarividência, ensinava, outrossim, que o “juiz não deve ser senão árbitro imparcial, e não parte”, porque, do contrário, criará as em seu espírito “as primeiras suspeitas”, e, por “amor próprio de sua previdência”, ele “julgará antes de ser tempo de julgar”.

O que os mestres do direito processual tentam ensinar aos operadores do direito, é o ideal de que o sistema inquisitivo apresenta mácula, desde seu nascedouro, e não apenas, no que tange aos métodos utilizados, mas também no que se refere à ausência de imparcialidade do juiz, pois, já está o processo contaminado, quando este dá início às investigações.

Por fim, a conclusão que se obtém é que operava no processo inquisitivo a absoluta ausência de concessão ao investigado de direitos fundamentais mínimos, valendo-se o magistrado de sua convicção íntima para iniciar, dar seguimento e findar ação penal, sopesando os interesses da Igreja, muito mais do que respeitando a característica do ser humano que era processado, fazendo com que este, tornava-se um objeto do processo sobre o qual recaía sobre si mesmo.

2.2 Sistema Processual Acusatório

Surgido na França e na Inglaterra após a revolução francesa, tornou-se adotado em diversos países europeus e americanos. Neste sistema, verifica-se a distinção de funções entre o órgão acusador, defensor e julgador (*actum trium personarum*), sendo, portanto, a antítese do sistema inquisitivo. É possível mencionar o respeito à igualdade processual, às garantias fundamentais do indivíduo, bem como, à imparcialidade do magistrado, onde: “A separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para

configurar o caráter acusatório do processo”, segundo nos ensina Joan Verger Grau apud Rangel (2008, p.50).

A prestigiada doutrina do Procurador Regional da República – DF, Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 10) o denomina, como: “um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988”.

Há um órgão próprio, criado pela Constituição Federal, para dar início à persecução penal, para tanto, a título de conhecimento é preciso inserir a ideia de Rangel (2008, p.50/51) quando disserta sobre o Ministério Público:

Na França, em fins do século XIV, surgiram os *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório, pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular.

A Carta Magna vigente deixa evidente a adoção deste sistema no ordenamento pátrio, quando delimita a atuação do Ministério Público, em seu artigo 129, inciso I², CF/88. Encontra-se ainda, caracteres do sistema, nos artigos 5^o, LV³, LIII⁴, LX⁵, artigo 93, IX⁶ e 92 a 126 da CF/88.

Portanto, o processo penal está compartimentalizado, não há concentração de atos nas mãos do magistrado, florescendo na seara jurídica brasileira o brocardo latim *ne procedat iudex ex officio*.

² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I –promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

³ 5^o, 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;

⁴ , Art. 5.º, LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

⁵ Art. 5.º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

⁶ Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei delimitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

No mais, o sistema acusatório, por regra, desmembra-se em puro e em sistema acusatório não ortodoxo (aplicado no Brasil). De forma peculiar, rememora Távora e Antonni (2009, p.34):

É de se ressaltar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um expectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder habeas corpus, de ofício e decretar prisão preventiva.

Neste sentido, observa-se o disposto no artigo 151, I, do Código de Processo Penal, onde permite ao juiz, após formada a relação processual, requerer de ofício que se realizem provas ou diligências, a fim, de sanar quaisquer dúvidas que se apresentem ao mesmo, para que melhor julgue o processo, o que afasta o ideal de que o magistrado é um mero espectador da ação penal. Outrossim, elucida Pacheco (2008, p. 55):

É propriamente um processo de partes, pois, em regra, o juiz não produz provas de ofício, coloca-se imparcialmente de maneira equidistante das partes e sua decisão se fundamenta no que foi alegado e provado pelas partes, não ampliando o fato apresentado na acusação, nem as provas produzidas.

O apontamento supra, faz por reforçar a efetiva aplicação do princípio do impulso oficial, já rechaçado no direito processual brasileiro, que de modo significativo, implica na diferença existente entre o sistema acusatório puro e o não ortodoxo. Tanto se comprova tal afirmativa, como se pode encontra-la na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de onde é possível destacar:

AS PROVAS

VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*. **Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir sentença.**

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas

também para ordenar de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. (Grifo Nosso).

Ademais, é preciso ressaltar que a existência do sistema acusatório, não está pautada no Código de Processo Penal, e sim na Constituição Federal, neste sentido, unimo-nos aos ensinamentos de Oliveira (2008, p. 7):

Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica em que ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art.5º, LVII).

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes.

Abarcando o conteúdo constitucional trazido em 1988, vislumbra-se a ocorrência de um processo penal constitucional, que se desenvolve em respeito aos ditames erigidos na Carta Magna. Em linhas gerais, amoldam-se ao estudo em tela os dizeres de Gonzalez-Cuellar Serrano, em sua obra *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (1990, p. 104): “[...] los derechos fundamentales, los cuales contienen una grandíssima carga valorativa justificativa de su reforzada protección constitucional”. Ressaltando portanto, a necessidade de observância às regras introduzidas na Constituição da República, para que se estabeleça respeito aos direitos fundamentais.

Finalmente, é necessário se utilizar das palavras do saudoso mestre em processo penal Almeida Júnior (1958, p. 228): quando apresenta em sua obra,

distinções existentes acerca do sistema acusatório e inquisitivo, que se tornam necessárias, serem acrescentadas no presente trabalho. São elas:

1º) O sistema acusatório admite, em geral, uma acusação formulada no ingresso da instrução, instrução contraditória, defesa livre e debate público entre o acusador e o acusado, ao passo que o sistema inquisitorial procede a pesquisas antes de qualquer acusação, substitui à defesa o interrogatório do indigitado, ao debate oral e público as confrontações secretas das testemunhas e, em geral, a instrução escrita e secreta às informações verbais.

2º) O sistema acusatório, subordinando-se ao método sintético, afirma o fato e, enquanto não o prova, o acusado é presumido inocente; o sistema inquisitório, subordinando-se ao método analítico, não afirma o fato, supõe a sua possibilidade e probabilidade, presume um culpado, busca e colige os indícios e as provas.

3º) O sistema acusatório propõe-se a fazer entrar no espírito do juiz a convicção da criminalidade do acusado; o sistema inquisitório propõe-se a fornecer ao juiz indícios suficientes para que a presunção possa ser transformada em realidade.

4º) Enfim, um se preocupa principalmente do interesse individual lesado pelo processo, outro se preocupa principalmente do interesse público lesado pelo delito.

Os dizeres de Almeida Júnior, melhor amoldam-se aos caracteres que a doutrina busca para completar as disparidades entre um sistema e outro.

Por fim, o direito nacional está diante de um sistema onde prevalece o contraditório, de modo que, há uma fase que antecede o processo criminal, denominada fase pré-processual, onde se realiza a colheita de provas, que deverão instruir a ação criminal. Fase esta, presidida pelo delegado de polícia, sendo passível ser estudada em tópico próprio.

2.2.1 Particularidades do Sistema Acusatório (Polícia Administrativa / Polícia Judiciária / Federalização da Polícia)

As modalidades de polícia existentes dentro da ordem jurídica brasileira estão baseadas no artigo 144 da Constituição da República ⁷. Sendo imprescindível que não se fuja a este modelo, sendo de outro vértice, cabível subdividir a função da polícia em administrativa e judiciária.

Entretanto, esta subdivisão não é criação do constituinte brasileiro, haja vista, o sistema dos atos policiais no processo criminal ter sido instituído na França, tendo o Brasil adotado o mesmo sistema (Lei n.2.033 de 20 de setembro de 1871 e Dec. n. 4.824 de novembro de 1871). Ressalte-se que a nomenclatura dada ao mesmo pelos franceses, o define como sistema jurídico.

Sobre o mesmo, versa a excelente doutrina de Almeida Júnior (1958, p.247):

2º.) O sistema jurídico. A polícia tem por fim não só prevenir os delitos, não só evitar que os delinquentes fujam à ação da justiça, mas também auxiliar a ação judiciária na investigação dos indícios e provas do crime. Exercendo as funções da primeira espécie, a polícia é administrativa; e exercendo as funções de segunda espécie, a polícia é judiciária, quer agindo por si, como no caso do flagrante delito, do corpo de delito e conseqüentes buscas e apreensões, quer devendo agir por mandado judicial, como no caso da prisão preventiva. Isto é: a polícia é independente de anterior autorização judiciária para os atos de prevenção dos delitos; a polícia é mesmo independente de anterior autorização judiciária para os atos urgentes de conservação dos indícios do delito e do delinquente; a polícia é, porém, dependente de anterior autorização judiciária para os atos não urgentes. É o sistema francês.

⁷ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;
- V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Ainda fazendo uso das palavras de Almeida Júnior (1958, p. 249), cumpre acrescentar a missão da polícia, instituída em 1791, pela Assembleia Nacional Francesa:

A polícia, considerada em suas relações com a segurança pública, deve preceder à ação da justiça; a vigilância deve ser o seu principal caráter; a sociedade considerada em massa é o objeto essencial de sua solicitude”. Os arts. 19 e 20 do Código de 3 de Brumaire do ano IV (1794) fixaram a distinção entre a polícia administrativa e a polícia judiciária: “ A polícia é administrativa ou judiciária. A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em cada lugar e em cada parte da administração geral. Ela tende principalmente a prevenir os delitos. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não pôde evitar que fôssem cometidos, colige as provas e entrega os autores aos tribunais incumbidos pela lei de puni-los.

Incidindo no direito brasileiro, a polícia administrativa (preventiva), é denominada polícia militar e têm suas funções determinadas pelo §5º⁸ do artigo 144 da Constituição Federal e sua subordinação descrita no §6º⁹ do referido artigo. Sua nomenclatura assim a define, pois em regra a polícia administrativa não trabalhava diretamente com o Poder Judiciário.

Sua função segundo o texto constitucional é ostensiva e de preservação da ordem pública exercendo uma função negativa com o crime, uma vez que, ela atua para preservar a ordem pública contra a prática de delitos.

No outro vértice da moeda, tem-se a polícia judiciária, de importância *mister* para o processo penal, pois, esta, manifesta-se apenas após a prática da conduta criminosa. Conforme disposição material do sistema francês ao cria-la, bem

⁸ §5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

⁹ §6º A polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

como, a redação da Constituição Federal assim determina (artigo 144, §4º¹⁰), sendo-lhe função, a apuração das infrações penais.

Portanto, o envolvimento da polícia judiciária com o crime, pode-se dizer que é positiva, ou seja, ela passa a atuar, apenas após a prática do mesmo, angariando provas, facilitando a instrução e preparando a ação para a formação da *opinio delicti* do *Parquet*.

Por fim, é de grande valia, reproduzir as palavras de Faustin Helie, que raramente são apontadas na doutrina brasileira, e que felizmente, Almeida Júnior (1958, p. 250), as rememorou:

A polícia judiciária, diz FAUSTIN HELIE, “é o olho da justiça; é preciso que seu olhar se estenda por toda a parte, que seus meios de atividade, como uma vasta rede, cubram o território, a fim de que, como a sentinela, possa dar o alarma e advertir o juiz; é preciso que seus agentes, sempre prontos aos primeiros ruídos, recolham os primeiros indícios dos fatos puníveis, possam transportar-se, visitar os lugares, descobrir os vestígios, designar as testemunhas e transmitir à autoridade competente todos os esclarecimentos que possam servir de elementos para a instrução ou formação da culpa; ela edifica um processo preparatório do processo judiciário; e, por isso, muitas vezes, é preciso que, esperando a intervenção do juiz, ela possa tomar as medidas provisórias que exigirem as circunstâncias. Ao mesmo tempo, deve ela apresentar em seus atos algumas das garantias judiciárias: que a legitimidade, a competência, as habilitações e as atribuições de seus agentes sejam previstos; que seus atos sejam autorizados e praticados com as formalidades prescritas em lei; que, enfim, os efeitos destes atos e sua influência sobre as decisões da justiça sejam medidos segundo a natureza dos fatos e a autoridade de que são investidos os agentes.

É preciso mencionar que incumbe a sua funcionalidade, a confecção do inquérito policial, bem como, a execução as diligências elencadas no artigo 13 do Código de Processo Penal¹¹. Ainda explanando acerca da polícia judiciária, não se

¹⁰ §4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

¹¹ Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I – fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

pode deixar de observar a subdivisão, que assim se consolida: polícia judiciária dos Estados e polícia judiciária da União. Está última, é a chamada polícia federal. Sua principal atribuição, diz respeito à investigação de crimes federais. Sua competência está calcada nos incisos do artigo 109 da CF/88 .

A polícia administrativa também está presente no âmbito federal, sendo-lhe o Exército nacional.

A possibilidade de atuação entre as polícias dos Estados em conjunto com a Polícia Federal, ensejou no ano de 2002, com o advento da Lei 10.446 – denominada Força Tarefa. O ponto primordial desta lei reside no fato dela prever hipóteses de crimes de competência estadual que pela sua gravidade e ampla extensão territorial, possam ser investigados em colaboração com a Polícia Federal. A base constitucional da referida *legis* encontra subsídios no artigo 23 da Constituição da República, pois, sua interpretação, permite considerar o Brasil como uma República onde o federalismo é cooperativo, é o que se nota apenas com a leitura do *caput* ¹².

A Carta Magna traz em seu artigo 109, §5º ¹³, a existência do instituto denominado federalização da persecução penal. A peculiaridade desta federalização da persecução penal encontra-se no fato de que, não existe uma simples cooperação entre as polícias, mas sim, há uma transposição da *persecutio criminis* da esfera estadual, para a esfera federal, ou seja, toda a estrutura judiciária utilizada para investigar o crime, é alterada.

Portanto, o encarregado das investigações, passará a ser o delegado de polícia da PF, e não o delegado civil, bem como, o dono da ação, será o

III – cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias.

IV – requisitar acerca da prisão preventiva.

¹² Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹³ Art. 109, §5º. Nas hipótese de grave violação de direitos humanos, o Procurador – Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Procurador Geral de Justiça, não o Promotor, e por fim, o magistrado competente para julgar a referida ação, será o juiz federal, não mais o juiz comum.

Esta federalização ganha vida a partir da propositura pelo legitimado ativo, Procurador Geral da República (PGR), perante o Superior Tribunal de Justiça, da ação constitucionalmente prevista, nominada Incidente de Deslocamento de Competência, comumente conhecido na seara jurídica como IDC.

Por fim, é preciso informar que o IDC é pontual, ou seja, ele afeta apenas o caso previsto na ação. De forma que, a matéria que será abordada será aquela em que se têm crimes que atentam contra direitos fundamentais protegidos por Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, pois, nestes casos, a União se comprometeu a cumprir os Tratados, e em havendo desrespeito aos mesmos, incumbe a União, a responsabilidade de investigar e punir.

2.3 Sistema Processual Misto

Através da nomenclatura do sistema, nota-se que sua existência decorre de influências dos elementos apontados pelo sistema inquisitivo e acusatório. Nas lições de Mirabette (2006, p.22), “é constituído de uma instrução *inquisitiva* (de investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo *contraditório* (de julgamento)”.

Bem informa Edílson Mougnot Bonfim (2009, p. 4) que o sistema é: “composto por uma fase inquisitiva, de instrução ou investigação preliminar, sigilosa, escrita e não contraditória, e uma segunda fase acusatória, informada pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”. Desta feita, a conclusão prudente que se pode atestar acerca do sistema, reside no fato do mesmo, utilizar-se de fatias do sistema inquisitório e acusatório, que melhor se alinhe em seu modelo bifásico.

3 PERSECUÇÃO PENAL

Para que se alcancem os ensinamentos jurídicos acerca da persecução penal, *ab initio*, é preciso que a definição de processo penal esteja em mente. Desta forma, Hélio Tornaghi (1997, p.3) assim o define:

O processo penal é uma sequência ordenada de fatos, atos e negócios jurídicos que a lei impõe (normas imperativas) ou dispõe (regras técnicas e normas puramente ordenatórias) para a averiguação do crime e da autoria e para o julgamento da ilicitude e da culpabilidade.

Proceder significa ir para a frente; mesmo etimologicamente, portanto, o processo é uma atividade, um encaminhamento, em determinada direção. Onde há tumulto, movimento em várias direções e sentidos não há processo.

Processo, aliás, é termo recente. Os antigos usavam a palavra iudicium. Na Idade Média surgiu a expressão processus iudicii. Finalmente consagrou-se o vocábulo processo.

Estabelecendo uma ligação tênue entre o processo penal, está a persecução penal, que segundo a melhor definição doutrinária, assim expõe Marques (2000, p. 137): “O caráter indireto da coação penal torna imprescindível o aparecimento de outra atividade estatal destinada a obter a aplicação da pena: é a *persecutio criminis*”.

Uma vez definido o entendimento sobre processo penal, o passo adiante, é compreender, que é através do conjunto de procedimentos (processo) que o Estado manifesta seu interesse em investigar o cometimento de crimes e por sequencia, punir o delinquente.

Na definição de Pontes de Miranda (1998, p.51): “Pretensão é o poder de exigir alguma prestação.” Há que se ressaltar que sempre estará em conflito a atuação da administração pública e a liberdade do acusado.

A necessidade que o Estado aponta em aplicar a *persecutio criminis*, segundo informa Tourinho Filho (2008, p.9), ocorre pelo fato de que o ente maior da administração pública busca através da atividade persecutória, tutelar bens jurídicos

sociais, não permitindo que o particular haja munido da vontade manifesta de vingança. Assim discorre o doutrinador:

Como tais bens ou interesses são eminentemente públicos, eminentemente sociais, o Estado, então, ao contrário do que ocorre com outros bens ou interesses, não permite a aplicação do preceito sancionador ao transgressor da norma de comportamento, inserta na lei penal, fique ao alvedrio do particular. Conforme acentua Fenech, quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica, e, assim, cabe ao próprio Estado, por meio dos seus órgãos, tomar a iniciativa motu proprio, para garantir, com sua atividade, a observância da lei.

Consoante os ensinamentos do professor graduado em uma das Faculdades Toledo de Ensino, cabe ainda acrescentar as iluminadas palavras de Gonzales Bustamante apud Tourinho Filho (2008, p.10) que assim caracteriza o direito de punir do ente estatal: “o jus puniendi equivale à legítima defesa que se reconhece aos particulares”.

Portanto, a conclusão que se obtém acerca da persecução penal incumbida ao Estado, é que ela aflora na medida em que o Estado buscou defender a si e a sociedade, reprimindo ou punindo a prática de condutas criminosas, devidamente tipificadas na legislação.

Imperioso seria deixar de acrescentar que a previsão constitucional da persecução, encontra-se disciplinada no artigo 5º, inciso XXXV¹⁴, XXXVII¹⁵ e LIV¹⁶, ambos da CF/88.

Conforme ensina José Frederico Marques (2000, p. 139):

A persecução penal tem início com a *notitia criminis*. Logo que esta surge, os funcionários da Polícia Judiciária, como disse Ferri, “Tratam de procurar o criminoso e as provas materiais e pessoais de sua participação no crime”. A notícia do crime dá lugar à *informatio delicti*, ou atividade investigatória da persecução penal.

¹⁴ Art. 5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁵ Art. 5º - XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

¹⁶ Art. 5º - LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Se o órgão do Ministério Público, de posse da notícia do crime e das informações preparatórias que a acompanham, tiver suspeita fundada de que houve a prática de infração penal (*opinio delicti*), proporá a ação penal em petição escrita onde deduz a acusação.

Há que se acrescentar a possibilidade de o *Parquet*, em face da lei 9.099/95, oferecer ao acusado a aplicação do instituto da transação penal, caso o delito praticado, apresente sua sanção, em pena máxima não superior a um ano.

Para fazer dar início a atividade persecutória, é preciso que ocorra a utilização de meios condutores à aplicação da sanção estatal. E esta, se exterioriza no universo jurídico em duas fases, que abaixo se seguem.

3.1 Fase Investigatória e Fase Judicial

Por sua vez, a atividade persecutória no direito brasileiro, apresenta-se em dois momentos. O primeiro deles, denominado fase extrajudicial ou investigatória, e o segundo momento, determinado como fase judicial ou processual.

A fase judicial se exterioriza como o momento onde ocorre a ação penal propriamente dita. Tendo seu início com o recebimento da denúncia / queixa-crime, estendendo-se até a prolação da sentença final, com a absolvição ou condenação.

A fase extrajudicial, comumente, tem seu início com as diligências efetuadas pela polícia judiciária, buscando a colheita de provas que demonstrem a materialidade e autoria do delito praticado.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

A sistemática colocada neste capítulo, discorrerá sobre os princípios comumente utilizados no processo penal. Observando o momento de sua ocorrência no decorrer do trâmite processual.

4.1 Definição Da Expressão “Princípios”

Conforme definição supra, o presente capítulo versará acerca de princípios aplicados no processo penal, neste sentido é cediço, a ocorrência de uma fundamentação que explore a nomenclatura. Para tanto, utilizamo-nos dos fundamentos discursivos apresentados por Robert Alexy, que hodiernamente exploram a melhor definição linguístico – normativa sobre o tema.

Nos dizeres de Alexy (2008, p. 37/38) os princípios não se exprimem como uma norma positivada dentro de um código, em verdade, eles aparecem no ordenamento jurídico como mandamentos a serem seguidos, ou seja, é demonstrada a conduta que seria de maior valia a ser observada e aplicada. Seguem os fundamentos.

Princípios contém pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contém um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente as possibilidades fáticas jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como “mandamentos de otimização”. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios.

Uma vez definindo o sentido da expressão, Alexy (2008, p. 37/38)

utiliza a ponderação como método necessário para se alcançar o conteúdo exposto dentro do estudo principiológico. A saber:

A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo.

O ponto de partida do argumento de princípios é que a pretensão de correção, então, quando uma ponderação é possível, pede uma ponderação. Os objetos de ponderação unicamente possíveis, porém são princípios. Como a pretensão de correção necessariamente faz parte do direito, também a ponderação, exigida por ela, faz parte necessariamente do direito. Mas se as ponderações fazem parte do direito, então levam ao objeto de ponderação. A pretensão de correção leva, portanto, a isto, que os princípios, que formam os fundamentos para as regras antigas, como também para as novas a serem criadas, devem ser incluídos no conceito de direito. Desse modo, os fundamentos ideais convertem-se para aquilo que é definitivamente devido em componente do direito.

De fronte a necessidade da observação principiológica, o direito processual penal abarca diversos princípios, capazes de assegurar as garantias fundamentais inerentes ao ser humano trazidas pela Magna Carta. Neste sentido, far-se-à menção sobre alguns princípios, pois sem os quais seria imprópria a aplicação da norma processual penal vigente no direito brasileiro.

Haja vista, a sua importância ímpar verifica-se no direito pátrio, em razão da utilização dos princípios como fontes do direito, servindo de: “base e fundamento a legislação vigente em matéria processual penal”, por ser considerado como: “fontes indiretas, são aquelas que embora não contenham a norma, produzem-na indiretamente. Assim, são considerados como tais: os costumes, a jurisprudência e os princípios gerais do Direito.” (TOURINHO FILHO, 2009, p.182/183).

Inicia-se a transposição, utilizando o princípio do devido processo legal.

4.2 Do Devido Processo Legal

Destarte, Bonfim (2005, p.11) preconiza o raciocínio da inclusão das

normas processuais penais constitucionais no direito brasileiro. Cumpre informar seus dizeres:

A inclusão nas Constituições de normas de conteúdo processual levou a um fenômeno que a doutrina americana passou a denominar *constitucionalização do processo penal*. Como já mencionado, a Constituição Federal se incluiu entre as fontes secundárias do direito processual penal, pelo fato de conter em seu bojo normas de natureza processual penal, de garantia do processo e da jurisdição. Essas normas servem não somente como fonte principiológica do sistema, mas também como fonte de preceitos diretamente aplicáveis ao processo.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, elencado como dogma constitucional no artigo 5º, LIV, da Magna Carta, onde traz, *in verbis* : “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Urge no direito brasileiro como uma garantia de respeito aos direitos do cidadão, uma vez que, a regra no Estado Democrático é a liberdade, sendo a restrição uma exceção ao postulado.

Nos dizeres de Redenti apud Tourinho Filho (2009, p. 58): “em o princípio se resume em se assegurar a pessoa a defesa em juízo, ou “em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei”.

Assevera ainda, Rangel (2009, p. 4): “Destarte, todos os outros princípios que serão abordados derivam deste em análise, pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei.”

Deste modo, observa-se que o princípio do *due process of law*, é o princípio maior do direito processual penal, abarcando todos os demais, para que se obtenha o efetivo provimento jurisdicional, atentando-se para as disposições constitucionais proibidoras de lesões aos bens jurídicos.

Ademais, é preciso inserir as linhas trazidas por Bonfim (2005, p.6) quando discorre sobre princípios. Assim explora o renomado jurista:

O devido processo legal *material* (*substantive due process of law*)

representa uma garantia aos cidadãos contra qualquer atividade arbitrária, desproporcional ou não razoável do Estado, que viole direitos fundamentais dos administrados. De conteúdo amplo, abrange a defesa contra atos de qualquer órgão do governo e de qualquer dos Poderes do Estado, inclusive do Legislativo. O devido processo legal *formal* (*procedural due process of law*) tem por finalidade conferir certas garantias de índole processual as partes, permitindo-lhes uma atuação efetiva durante o desenrolar do processo (deduzindo pretensões, produzindo provas, fazendo alegações), na busca do convencimento do juiz. Assim, só haverá processo quando se possibilitar as partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades processuais. [...] O Estado está obrigado, na busca da satisfação de sua pretensão punitiva, a obedecer ao procedimento previamente fixado pelo legislador, vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual.

Concluindo a elucidação sobre o referido princípio, se está diante de um dos pilares do direito brasileiro, assegurando que o Estado-juiz ao agir, o faça com o condão de trazer a baila a verdade dos fatos, punindo o autor da infração investigada, sem que, utilize-se de meios impuros para tanto.

4.3 Da Bilateralidade das Partes (Contraditório)

Nasceu no direito constitucional brasileiro com a Constituição de 1937, em seu artigo 122, n. 11, segunda parte ¹⁷, havendo sua manutenção tanto na Constituição de 1946, artigo 141, parágrafo 25 ¹⁸, quanto na Constituição de 1967, artigo 140, parágrafo 16, ocorrendo sua renumeração para o dispositivo 153, parágrafo 16.

Hodiernamente encontra-se rotulado no direito brasileiro, através do

¹⁷ Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

11) (...) Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;

¹⁸ Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 25 – É assegurada aos acusados plena defesa, como todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

artigo 5º, LV da Carta da República, *in verbis*: “ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É notório que o processo penal brasileiro se atente para um modelo garantista dos direitos fundamentais do homem, atrelando as atividades do Poder Judiciário face aos princípios constitucionais. Para tanto, a existência do Princípio do Contraditório é primordial dentro da sociedade democrática de direito, de modo que, sua ausência ou supressão importa em absoluto desrespeito aos dogmas garantistas abarcados pela Constituição da República em seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

Impedir que a parte contradite, defenda-se perante o órgão estatal incorre em desrespeito a *ordo iuris*, uma vez que, segundo Oliveira (2009, p. 25): “tais disciplinas cuidam de uma intervenção estatal de grandes consequências na liberdade individual, sobretudo no que respeita ao aspecto das penas corporais.” As considerações que decorrem do princípio do contraditório implicam em permitir uma participação intensa do réu no procedimento criminal contra ele instaurado.

A fim de que se evite um prejuízo para o indivíduo inocente, que corre o risco de ser condenado, quando o Estado na ânsia de punir um fato delitivo, o faz simplesmente por punir, sem observar as devidas precauções e normas positivadas para que se alcance o final do procedimento em sede de processo penal. Invalidando a ocorrência de erros por agentes estatais que possam causar ofensa ao indivíduo e cercear sua liberdade de locomoção. É preciso uma afirmação de certeza judiciária.

No direito processual penal brasileiro, ensina-nos Oliveira (2009, p.26), que a intervenção penal está contemplada pelo garantismo constitucional, de forma que : “justifica-se a condenação criminal pela estrita observância do devido processo constitucional, e, de modo mais sensível ao de fundamentação das decisões judiciais.”

Uma vez analisado o aparato estatal para perseguir o crime frente ao indivíduo (acusado), nota-se com facilidade, imensa desigualdade entre ambos. De um lado, tem-se o ente estatal munido de seus agentes e seu extenso aparato persecutório (crimes de ação penal pública, hodiernamente, de maior incidência no

estado brasileiro), de outro lado, está o cidadão, merecedor de proteção, haja vista, até que se prove o contrário, todos são considerados inocentes, e para tanto, deve-se resguardar os direitos e liberdades deste indivíduo, quando ausentes motivos ensejadores desta presunção, *exempli gratia*, ausência dos motivos autorizadores para a decretação da prisão preventiva.

Nesta diapasão, é que se aplica o princípio do contraditório, princípio este de fundamental importância, sendo capaz de causar a decretação da nulidade do processo, quando sua não observância causar prejuízo para o acusado.

Não se está diante de um princípio garantidor apenas de informações contrárias ao interesse da partes, neste sentido bem elucidada Gonçalves (1992, p.127)), “ mas também garantir que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade”.

O que se visa resguardar com a existência do princípio em estudo é a possibilidade concedida a parte de apresentar seus contra-argumentos aos fatos desfavoráveis.

Utilizando a definição do magistral Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973, p.81), consiste o contraditório na: “ ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.” Para que se possa ao menos pensar na existência do contraditório é necessário que se apresente as partes a possibilidade de litigar em igualdade.

Neste sentido, é possível citar Antônio Scarance Fernandes (2000, p. 52/53):

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

Devendo haver uma defesa real e efetiva conforme as palavras de

Rogério Lauria Tucci (2004, p. 211):

No processo penal, a contrariedade deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, a fim de que, perquirida a exaustão a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do indivíduo enredado na *persecutio criminis*.”

No início mencionou-se acerca das garantias constitucionais que no processo penal se apresentam de forma “encorpada” em razão do bem a que se busca proteger (ocorrendo com maior frequência acerca da liberdade de locomoção, e em raras vezes recaindo sobre a interdição temporária de direitos e penas de multa), a aproximação que se permite fazer, em relação ao princípio do contraditório circunda a indisponibilidade da liberdade de locomoção, quanto maior for esta indisponibilidade, mais intensas serão as especificações garantistas, uma vez que o direito processual penal, conforme anteriormente mencionado, é o instrumento do direito penal (material).

Uma vez existindo equilíbrio processual entre as partes, é possível que se alcance a efetiva justiça. Nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 33):

O contraditório é um dos princípios mais caros do processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que sua não-observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. Já veremos, que quando se tratar de violação do contraditório.

Na forma em que define-se o princípio em estudo como requisito de validade do processo, é necessário acrescentar o pensamento de Bonfim (2009, p.42) quando abarca o seguinte ideal:

Origina-se do brocardo *audiatur et altera pars*. A aplicação do princípio, assim, não requer meramente que cada ato seja comunicado e cientificado as partes. Relevante é que o juiz, antes de proferir cada decisão, ouça as partes, dando-lhes igual oportunidade para que se manifestem, apresentando argumentos e contra-argumentos. Destarte, o juiz, ao proferir a decisão, deve oferecer as partes a oportunidade para que busquem, pela via da argumentação, ou juntando elementos de prova, se for o caso, influenciar a formação de sua convicção.

Havendo a comunicação do ato as partes se está incorrendo em absoluto respeito aos valores declarados pelo constituinte brasileiro, possibilitando portanto, a insurreição do princípio da bilateralidade das partes.

Por fim, seria imperioso deixar de mencionar que o contraditório pode doutrinariamente ser classificado como real e diferido. Aquele se exterioriza ao mundo jurídico quando de forma imediata a parte contrária é concedida a oportunidade de contraditar. Nascendo este, pela impossibilidade de ocorrer imediata exteriorização do contraditório, em decorrência da natureza do procedimento, da prova ou pela impropriedade do momento. Neste sentido utiliza-se os dizeres de Coelho Nogueira apud Bonfim (2009, p. 43):

b) Contraditório diferido, o que ocorre posteriormente a produção da prova, ou seja, quando das alegações e debates, requerimentos e de impugnações ulteriormente efetuadas pelas partes.

Entretanto, há divergência na doutrina acerca da classificação entre o contraditório real e diferido, uma vez que não é após todo ato que deve o magistrado instaura-lo, haja vista, bem assevera Vicente Greco Filho apud Fernandes (2000, p.60):

a Constituição não exige e nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática.

No mais, por garantir a igualdade no tramite processual, não pode o contraditório beneficiar apenas o réu, pois ao Ministério Público (atuante em nome da sociedade) deve-se também permitir a possibilidade de repelir novas afirmações colocadas no interior do processo, quando esta possibilidade não estiver legalmente impossibilitada, dada a natureza jurídica de determinados atos, observando-se cada casuística.

4.4 Da Ampla Defesa

A base constitucional do referido princípio está delineada no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna, *in verbis*: “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”.

Em sede processual penal, a ampla defesa encontra-se instalada no centro do instrumento, contendo a formação probatória e os recursos pertinentes. Deste modo, define Vicente Greco Filho apud Fernandes (2000, p.254) a relação existente entre a ampla defesa e o contraditório:

[...] como meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, ser pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção de provas, fazendo, falar no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação, manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes, recorrer quando inconformado.

Ademais, quando se trata sobre a ampla defesa, não se permite a ausência de menção das chamadas defesa técnica e autodefesa. Aquela é exercida por advogado devidamente habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo o mesmo nomeado ou constituído. Tal princípio se verifica em decorrência ao fato de que, o Estado possui seu aparato perquiridor do delito, contando com seus agentes especializados, como os delegados de polícia, Ministério Público e assistentes.

Neste sentido, deixar o réu desamparado ao defender-se de uma acusação criminal, foge a base de qualquer sociedade democrática de direito, devendo seu defensor ser um profissional qualificado, devidamente habilitado, para em nome do acusado, realizar as formalidades pedidas em juízo. Sendo portanto, a defesa técnica indisponível.

De outro modo, a autodefesa revela-se de forma oposta, sendo exercida diretamente pelo acusado, uma vez que em determinados momentos

procedimentais, é permitido ao acusado e apenas ele (dado os detalhes ocorridos na apuração da ocorrência ou não de um delito) influir diretamente na convicção do julgador, v.g., a aplicação do artigo 185 do Código de Processo Penal, onde clama pela necessidade de que o acusado seja interrogado presencialmente.

Nos dizeres de Bonfim (2009, p. 43) trata-se do “direito de audiência e o direito de se fazer presente nos atos processuais”.

No mais, o cerceamento de defesa implica em nulidade processual, este pode se revelar quando do indeferimento de provas. Para tanto, em processo penal por lidar com o direito fundamental de liberdade de locomoção, é preciso observar que não é todo indeferimento do pedido probatório que recairá em cerceamento de defesa.

Para concluir o presente tópico, o melhor raciocínio a ser utilizado é de Bonfim (2009, p.44), que da seguinte forma elucida sobre a ocorrência de indeferimento do pedido de produção de provas:

Com efeito, deve-se também atentar para o princípio do livre convencimento racional do juiz. Se a prova faltante não for, efetivamente, essencial para a apuração da verdade, ou quando o juiz entender dispensável a prova requerida, por entender suficiente a prova já existente, não se configurará a nulidade, desde que a negativa em determinar sua produção seja razoável e desde que seja devidamente motivada a decisão denegatória.

Cumprе informar que, acerca da defesa técnica e autodefesa, as mesmas serão profundamente estudadas em tópico próprio.

4.5 Da Vedação das Provas Proibidas

A fundamentação do princípio em epígrafe, não é diversa dos demais, encontrando-se resguardado na Constituição Federal, a saber, no artigo 5º, inciso LVI, *in verbis*, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Há portanto, expressa vedação legal acerca da admissibilidade das provas obtidas

de forma ilícita.

Durante o trâmite processual, para que se aplique o princípio da ampla defesa, é preciso permitir que o acusado produza provas e não apenas defenda-se das provas dispostas pela parte contrária. Neste sentido, é preciso permitir que o suspeito incorra na produção de provas, o que recairá na utilização do princípio em tela.

Versa Oliveira (2008, p.284) sobre o instituto das provas:

As provas no processo desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada.

É preciso estar atento ao fato de que toda restrição a determinados meios de prova deve estar atrelada (e, assim, ser justificada) à proteção de valores reconhecidos pela ordem jurídica. As restrições podem ocorrer tanto em relação ao meio da *obtenção da prova*, no ponto em que esse (meio) implicaria a violação de direitos e garantias, quanto em referência ao *grau de convencimento* resultante do meio de prova utilizado.

O constituinte ao inserir o referido instituto principiológico na Carta Magna, o fez a fim de evitar arbitrariedades do Poder Público frente ao jurisdicionado, neste sentido ainda utilizamo-nos dos informes de Oliveira (2008, p. 285):

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, a aludida norma constitucional cumpre uma função ainda mais relevante (...) atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Complementa Raboneze (1998,p.24):

A vedação, portanto, é norma limitadora ao poder público, vale dizer, não permite a Constituição o uso de provas obtidas por meios ilícitos. A norma, neste caso, tem eficácia negativa, prescrevendo ao legislador, administrador ou ao juiz um caminho a seguir, compelindo-os a não tomarem diretriz contrária.

Sobre a inadmissibilidade de provas, por óbvio há manifestações no Código de Processo Penal. Após a reforma de 2008, que culminou na insurgência da lei 11.690 e alterou o artigo 157 do diploma, devolvendo-o ao CPP com a seguinte redação normativa:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

3.º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

4.º (Vetado.)

Via de regra, o alvo durante as investigações, recaem sobre os direitos de intimidade, privacidade, imagem, e sobre a inviolabilidade de domicílio. Outrossim, o princípio também visa resguardar a idoneidade moral, quando proíbe a utilização de provas obtidas por meio ilícito, uma vez que:

No perfil constitucional o juiz é chamado a desempenhar o papel de “garantidor” dos direitos fundamentais. Assim, qualquer invasão nesses direitos, em sede processual, somente ocorre com autorização judicial (v.g., busca e apreensão; interceptação telefônica, prisão cautelar – admite o flagrante pela polícia nas estritas hipóteses legais, com imediata comunicação ao Juiz, sob pena de invalidação; sequestro de bens, etc). (HASSAN CHOUKR, 2000, p. 137) .

Injusto seria afirmar que o nascedouro de uma prova ilícita ocorra apenas durante a investigação policial, pois, é possível que se origine pelas mãos da parte adversa. Nesta diapasão, o *Parquet* não está autorizado a efetuar diligências ou determina-las, pelo entendimento de ser parte legítima das ações penais públicas incondicionadas / ações penais públicas condicionadas, uma vez que deve se dirigir ao magistrado mediante petição, bem como nos casos das ações privadas, requerendo a efetuação de diligências. É possível complementar a afirmação supra

conforme arremata Hassan Choukr (2000, p.137/138):

O Ministério Público não tem qualquer poder de intervenção direta na liberdade do suspeito ou acusado. Todos os seus requerimentos devem passar por estrito controle de legalidade. Essas decisões são recorríveis ou sujeitas a “habeas corpus”.

Assevera Oliveira (2008, p.287) sobre a igualdade no decorrer do processo criminal:

De outro lado, a vedação da provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova - , equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

Fica claro aos nossos olhos, que o magistrado ao buscar a verdade real, ao analisar os fatos em juízo apresentados, o faz pautado dentro das regras e procedimentos processuais. Deste modo, está abarcando os valores inerentes a pessoa humana, a fim de se evitar formas maculadas de obtenção e introdução probatória em sede de processo criminal brasileiro.

Ante o exposto, é preciso ressaltar que há uma barreira tanto na fase pré-processual, quanto processual na busca de substrato probatório a serem trabalhados em juízo. Não sendo permitida na *ordo iuris* que os agentes estatais se lancem a colher provas a qualquer custo, haja vista, a prevalência dos direitos fundamentais do indivíduo sobre o interesse social na apuração de delitos.

Aqui, é plenamente possível trazer os certames do brilhante Marques (1965, p.294): “inadmissível é na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória”. De forma acadêmica nota-se a inadmissibilidade.

Uma vez introduzida no processo criminal uma prova ilícita, portanto *contra constitutionem*, ocorrerá nulidade absoluta da mesma. Entretanto, quando a prova obtida de forma ilícita beneficiar o réu, poderá ocorrer sua utilização, estando afastada a inadmissibilidade de sua ilicitude. Demonstra Tourinho Filho (2010, p. 70):

Sem embargo, parece-nos que se deve respeitar o critério da proporcionalidade do direito tedesco, tão bem expresso na Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP, segundo a qual “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa. Na verdade, se a proibição das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não senso sua inadmissibilidade.

Ademais, a redação do parágrafo 1.º e 2.º do artigo 157 do Código de Processo Penal ¹⁹ tratam sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas que ainda descobertas de forma autorizada por lei (legalmente), a autoridade pública faz uso de meios ilícitos, v.g., a tortura. Esta prova ilícita por derivação, nomina a teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*).

De outro lado, caso a prova obtida de forma ilícita possa ser colhida por outro meio que não possui qualquer ligação com a obtenção maculada, será considerada independente e não se faz necessário retirá-la dos autos.

Discorridas estão as linhas sobre do Princípio da Vedação das Provas Proibidas.

4.6 Do Estado de Inocência

No ordenamento pátrio encontra-se fundamentado no artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal (“ninguém será considerado inocente culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), porém é plenamente possível

¹⁹ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente.

§ 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

encontrar precedentes históricos em 1789, no artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁰, bem como, no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)²¹.

Durante décadas se fez uso da expressão “presunção de inocência”, entretanto, a doutrina vem rebatendo esta expressão apresentando argumentos que permitem atualmente trocar a nomenclatura, elevando-a condição de princípio.

Uma vez que aquela, se referia apenas como uma presunção *juris tantum*, decorrente do subjetivismo.

A base do princípio nos dizeres de Bonfim (2009, p.45): “reconhece, assim, um estado transitório de não-culpabilidade, na medida em que referido *status* processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória”. No mais a culpa não pode ser aplicada por presunção, em razão dos ditames constitucionais em frente a dignidade da pessoa humana.

Nas lições de Oliveira (2010, p.31) o princípio em estudo: “proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo”.

Há que se permanecer utilizando as palavras do doutrinador, quando se discorre acerca da aplicação do estado de inocência na fase anterior ao processo (pré – processual), pois não está condicionada a existência do instituto apenas durante a fase instrumentária do direito. Assim dispõe Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p.31): “até mesmo para o ato de *indiciamento*, que vem a ser uma formalização da situação do *investigado* em inquérito policial, é possível reclamar-se a presença de *justa causa*”. O pensamento do ilustre juriconsulto é valioso ser mencionado, haja vista, não ser apenas a instauração de uma ação penal, capaz de desassossegurar o indivíduo, pois a investigação policial certamente apresenta ao inocente um incômodo.

²⁰ Art. 9.º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

²¹ Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Cumpra acrescentar que as prisões processuais são exceções ao princípio, pois não trazem em sua essência o caráter definitivo oriundo do cumprimento de pena, mas se justificam pela existência do *fumus boni iuris* e *periculum in libertatis* para se levar ao cárcere o indivíduo que apresente suspeita veemente sobre a autoria do delito.

Bem como, a essas prisões, é permitido fazer uso do remédio constitucional *Habeas Corpus*, caso ocorra a mancha da ilegalidade.

4.7 Da Razoabilidade da Duração do Processo

Os informes abarcados sobre o referido tema em estudo, encontram-se inicialmente dispostos no Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8.º, quando assim dispõe:

Art. 8.º

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sua disposição na Constituição da República realizou-se com a Emenda Constitucional nº 45, que versa sobre a Reforma do Poder Judiciário. A referida EC n.º45, acrescentou ao rol de direitos e garantias fundamentais da CF/88, o inciso LXXVIII, e por se tratar de acréscimo de direito fundamental, não há que se cogitar qualquer polêmica acerca de sua admissibilidade ou não, pois é assunto pacificado na seara jurídica brasileira.

A verificação da razoável duração do processo, urge também no artigo 93 da Constituição brasileira, afirmada pela EC n.º 45, de modo que não é possível

passar despercebida sua existência em sede constitucional. Segue o corpo textual dos artigos mencionados:

Art. 5.º

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Art. 93. ...

II – (...) e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

A importância que se verifica com a existência do referido instituto, está pautada no exercício da cidadania, pois, havendo demora na prestação jurisdicional não há que se falar em justiça.

Deste modo, o artigo 93 da CRFB contempla a hipótese de punição ao magistrado que injustificadamente reter os autos, sem a devida observação da prática dos atos processuais.

O escândalo que o processo causa é passível de abarcar incômodos ao acusado, e consentir a demora do andamento processual foge as regras de cidadania e proteção amplamente vinculadas na Carta Magna.

Aqui se acrescenta os ensinamentos jurídicos de Aury Lopes Jr., (2005, p. 34) “o processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos, pois o grande prejudicado é o réu”.

Não se deve pensar em razoável duração do processo apenas com o senso de se clamar pela justiça em face do acusado, haja vista, a demora da prestação jurisdicional pode por vezes acarretar a ocorrência da prescrição, o que impede o Estado – juiz de aplicar o *jus puniendi* como deveria. Neste sentido, o culpado poderá ficar impune, o que afetará a sociedade e a própria dignidade da justiça frente a impunidade saboreada pelo culpado.

Por fim, é preciso ressaltar as palavras de Rui Barbosa, mencionada em sua obra literária Oração Aos Moços que assim acrescenta : “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (02.08.2010, p. 40), visto que o princípio em estudo, traz embutido em seu conteúdo a necessidade

que se faça em tempo hábil e oportuno os atos processuais, evitando que o atraso processual interfira na colheita de provas, inquirição de testemunhas, dilapidação do *jus puniendi* estatal, e que se exteriorize a impunidade frente a sociedade e a injustiça perante o inocente.

5 AMPLA DEFESA

Está disposta no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, envelopada no artigo 5º, inciso LV, dispondo da seguinte forma: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Arremata Tornaghi apud Tourinho Filho (2009, p.501): “o Estado procura fazer justiça, e ele não poderá estar certo de tê-la feito e, portanto, não tranquilizará o homem de bem, se não der ao acusado a mais ampla defesa”.

Pois bem, está relacionada com a produção probatória que deve ser suportada pelas partes, neste sentido é evidente o liame que leva sua utilização a ser perquirida com a aplicação do princípio do contraditório, estando diretamente ligada com a apuração da verdade.

Não apenas no sentido de possibilitar a demonstração de argumentos pelas partes e debate-los, o instituto em estudo, traz embutido em seu conteúdo, que o exercício da defesa, se faça em tempo hábil e oportuno, evitando que o atraso processual interfira na produção de provas.

A revelação da ampla defesa subdivide-se em defesa técnica, defesa efetiva e autodefesa, conforme será abordado em tópico posterior.

5.1 Normas Penais X Normas Processuais Penais

Na data de 20 de junho de 2008, ocorreu a publicação da Lei 11.719/08, que posteriormente passou a ter vigência no ordenamento processual

penal trazendo modificações a cerca da suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos.

Ab Initio cabe informar que a Lei 11.719/08 dispôs sobre procedimento, e por ser uma norma processual penal, versa sobre a aplicação prática, ou seja, traz para os operadores do Direito, os atos que serão praticados para que essa norma seja aplicada nos casos concretos.

Portanto, temos a divergência a cerca da existência entre norma penal (aquela que disciplina o limite de punir do Estado, criando novas agravantes ou atenuantes, por exemplo) e a norma processual penal (a que disciplina a persecução penal). Essa diferença se verifica uma vez que, a norma processual define o Direito Estatal (representado pelo Ministério Público em casos de ações públicas, bem como pelo ofendido, quando se tratar de ação penal privada) de perseguir o injusto, o crime cometido e aplicar a devida sanção.

Entretanto é preciso ter em mente que a distinção entre norma penal e norma processual penal não está no Código Penal e no Código Processual Penal, ou seja, no local em que se encontram, pois o caractere utilizado para diferenciá-las é o seu conteúdo. Deste modo, há que surgir em nossas mentes a questão atinente a possibilidade da existência de uma norma processual penal no Código Penal, bem como a presença de uma norma penal no Código Processual Penal. Sendo afirmativa a possibilidade quanto a esta existência. É por exemplo o que nos mostra o artigo 100 do CP²², que disciplina sobre a ação penal, mas encontra-se no Código Penal.

Ainda sobre a existência das normas, é preciso mencionar suas fontes de produção, ou de forma simplória, os mecanismos que criam o ordenamento jurídico e fazem com que o mesmo seja aplicado.

²² Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

As normas são divididas em fontes **diretas e fontes indiretas**. As fontes diretas são aquelas cujo a aplicação é principal, é o direito legislado, positivado, que por sua vez subdivide-se em fonte **material e formal**. A fonte **material** é a própria lei, e é dentro da lei que está à norma. Portanto, para conhecer uma determinada norma, é preciso conhecer a lei, ou seja, realizar uma interpretação jurídica. No mais, a **fonte formal** é a “linha de produção da norma”, em se tratando de norma processual penal, esta “linha de produção” pertence a União, conforme quis o constituinte, ao redigir o artigo 22,I, CF/88²³. Por último e não menos importante, a fonte indireta de produção da norma, estas são aplicadas para complementar a aplicação da norma, e são conhecidas por princípios gerais do direito, usos, costumes, jurisprudência e doutrina.

Apresentadas as devidas distinções, é possível a afirmativa de que a Lei 11.719/08, que trouxe as alterações quanto a procedimentos, é uma norma de fonte direta e formal.

5.1.2 Imediatidade da aplicação da lei n.º 11.719/08

A lei 11.719/08, após a devida publicação, passou a ter aplicabilidade imediata, ou seja, os processos que encontrou já em andamento devem continuar sem que sejam refeitos os procedimentos trazidos pela lei. É importante informar desde já, que algumas dessas alterações ocorrem na fase preliminar do processo, quando no momento da resposta, o acusado, poderá arguir tudo o que for de interesse à sua defesa, portanto, o juiz após receber a denúncia ou queixa e conceder o despacho citatório, não mais “chama” o acusado para o interrogatório e sim para apresentar a defesa preliminar por escrito.

Todavia, essa modificação será analisada em momento ulterior, pois na verdade, o que se pretende mostrar desde já é que, os processos penais que ainda

²³ Art.22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

sob a vigência da lei anterior já estivessem ultrapassado a primeira etapa, não propiciaria o desfazimento dos atos realizados, pois o processo continua da etapa em que a nova norma o encontra.

Isto se dá em decorrência do princípio da aplicabilidade imediata da norma processual penal, uma vez que todos os requisitos constitucionais que versam sobre o devido processo legal serão respeitados, portanto, mesmo a norma sendo mais incisiva, ela não vai ser mais punitiva. No mais desde seu berço, a norma é obrigada a respeitar a supremacia da Constituição (é o chamado neo constitucionalismo), sob pena de inconstitucionalidade, e estando de acordo com o que prevê a Lei Maior, não se pode falar em restrição de direitos fundamentais.

Por fim, a lei 11.719/08 para os futuros acusados, pode ser considerada como benéfica, e para os acusados que já possuem seu trâmite processual, em determinados momentos, poderão considerá-las maléficas, entretanto, são apenas considerações.

5.1.3 Divisão de Procedimento Segundo o Artigo 394 do CPP

A nova lei trouxe a divisão dos **procedimentos** em comum e especial. Essas subdivisões são encontradas no artigo 394 e §§, do CPP²⁴. O procedimento comum abrange o procedimento ordinário, sumário e sumaríssimo, de modo que o

²⁴ Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

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

I – ordinário, quando tiver PR 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.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

§ 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código.

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário. (Artigo com redação dada pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008).

procedimento especial se verifica na presença do procedimento do Júri, dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, dos crimes contra a honra, dentre outros, bem como se aplica em procedimentos especiais fora do CPP, como por exemplo, o procedimento da Lei 11.343/06 (Antidrogas).

5.1.3.1 Procedimento Ordinário

Conforme dispõe o professor Damásio de Jesus (2009, p.322), em análise do artigo 394,§ 1º: “este procedimento será aplicado para se atingir a punição estatal, para crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade”. Não é preciso que seja levado em conta se a pena é de reclusão ou detenção (espécie de pena), mas somente a pena privativa de liberdade cominada ao delito (quantidade). Discorre ainda o professor Damásio de Jesus, que: “se devem observar todas as circunstâncias capazes de influenciar no máximo em abstrato da pena, leiam-se qualificadoras, privilégios, causas de aumento e diminuição de pena.”

A título de exemplo, cita o professor Damásio de Jesus (2009, p.322), que:

o furto simples (155, *caput* CP) consumado deverá ser a punição aplicada através do procedimento ordinário, enquanto na modalidade tentada, seguirá o procedimento sumário. No mais, em havendo concurso de crimes, há de prevalecer à pena total, considerando-se eventual soma ou exasperação.

Deste modo, seguindo a escola do professor paulista, não mais se analisa a espécie da pena e sim o seu *quantum*, propiciando aos operadores do direito, uma nova cautela no momento de se verificar a conduta ilícita e seu *iter criminis*.

5.1.3.2 Procedimento Sumário

Será aplicado quando a pena máxima cominada for inferior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade. Devendo ser observadas se o fato não for abrangido por lei especial. Aqui se encaixa a mesma explanação realizada a cerca da não necessidade da espécie de pena, mas sim, a cerca da quantidade de pena.

5.1.3.3 Procedimento Sumaríssimo

Reza o inciso III do § 1º, artigo 394 CPP, que deverá ser aplicado o procedimento sumaríssimo para sancionar o autor das “ações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei”, ou seja, a aplicação deste procedimento ocorrerá quando verificado a prática de ilícito determinado por delito de menor potencial ofensivo, em conformidade com a disposição do artigo 61 da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais)²⁵, que abrange os delitos considerados como anão (contravenções penais) e crimes que a pena em abstrato cominada não seja superior a dois anos.

5.1.3.4 Rito Ordinário e Sumário

O rito ordinário (comum) por sua própria natureza tem uma maior quantidade de atos durante o trâmite processual, até que se alcance o momento da

²⁵ Lei 9.099/95. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

sentença, diferente do rito sumário, que foi instituído no ordenamento para acelerar o andamento processual, pois tem como princípios originários a imediatidade e a concentração de atos.

Portanto, no rito ordinário a quantidade de atos a serem praticados é de abrangência maior, se comparado com os atos do procedimento sumário, que preza sempre pela celeridade, obviamente, respeitados os direitos e garantias fundamentais do indivíduo no que concerne à sua defesa.

No mais, os dois ritos se assemelham desde o oferecimento da denúncia ou queixa (artigo 394 CPP), passando pelo recebimento, citação, apresentação da resposta escrita, absolvição sumária (conforme disposição do artigo 397 CPP), ou quando não for possível, a designação da audiência de instrução e julgamento (artigo 399 CPP).

Avançado até este momento é possível fazer uso das palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette (21.10.2009, s.p) onde dispõe em seu artigo que:

O Código de Processo Penal estabelece claramente o número máximo de testemunhas para os procedimentos ordinário e sumário. No artigo 401 regra o **procedimento ordinário e deixa registrado que o número é de oito testemunhas**. Por seu turno, no artigo 532 consigna que no **procedimento sumário o número máximo de testemunhas é de cinco**.

Entretanto, a Lei 9099/95, que rege o chamado Procedimento Sumaríssimo, sempre foi lacunosa quanto ao número máximo de testemunhas a serem arroladas na seara criminal. À míngua de uma determinação legal expressa, a melhor doutrina havia se assentado no entendimento de que dever-se-ia fazer analogia ao regramento existente "intra lege" para os Juizados Especiais Cíveis, solucionando o caso com o **artigo 34 da própria Lei 9099/95, que impõe o número máximo de três testemunhas**. Essa solução parecia pouco discutível, embora não pacífica, tendo em vista não haver outras regras a ocasionarem alguma dúvida ou polêmica.

Ocorre que com a reforma implementada pela Lei 11.719/08 perdeu o legislador a chance de tornar essa questão mais clara, estabelecendo expressamente um número máximo de testemunhas para o sumaríssimo e ainda ensejou um clima de maior dúvida com a criação de dois novos dispositivos. (Grifo Nosso).

Deste modo, o que se percebe é uma variável quanto ao número de testemunhas a serem apresentadas, sendo esperado dos operadores do direito, uma resolução à respeito.

No mais, cumpre acrescentar que uma nova diferença existente entre os ritos, se verifica quando o Código de Processo Penal, não traz em seu corpo textual a possibilidade de que o magistrado realize a conversão das alegações finais orais em memoriais escritos, no rito sumário, conforme ocorre no rito ordinário. Entretanto, quando for manifestamente necessário e cabível, pode o magistrado interpretar a norma por analogia e aplicar a regra disposta no artigo 403, § 3º do CPP²⁶.

De forma sucinta, foram apresentadas as principais distinções existentes entre os ritos existentes na norma processual penal.

5.2 Defesa Preliminar Nas Leis Especiais

Muito se tem dito a respeito da “nova defesa preliminar”, entretanto, há que se fazer ao menos uma breve ponderação sobre o assunto, haja vista, a defesa preliminar não deve ser vista como uma novidade em sentido linguístico, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A presente observação é procedente uma vez que, a defesa preliminar já era membro pertencente ao ordenamento jurídico pátrio, estando inserida, v.g., no artigo 55 da Lei 11.343/06 (Lei Antidrogas ²⁷) e no artigo 81 da Lei 9.099/95, conforme nos mostra sua redação:

²⁶ Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. (Artigo com redação dada pela Lei n.11.719, de 20-6-2008.)

²⁷ Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1.º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir 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.

Art.81 - “**Aberta à audiência, será dada a palavra ao defensor** para responder à acusação, **após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa**; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença”. (Grifo Nosso)

Deste modo, seria imperioso não acrescentar que o instituto da defesa preliminar já estava em nosso ordenamento jurídico, conforme supra demonstrado, de forma que sua real novidade se apresenta pelo fato de através da Lei 11.719/08, ter sido inserida no Código de Processo Penal.

No mais o artigo 81 da Lei 9.099/95²⁸ nos mostra que a **defesa preliminar ocorria antes do recebimento da denúncia ou queixa**, fato diverso do prescrito no artigo 396, CPP, onde prevê a defesa preliminar somente **após** recebida a denúncia ou queixa.

Há, entretanto o entendimento do professor Tourinho Filho, onde traz para nosso conhecimento a ideia de que, os artigos 396 e 399 CPP, dão margem há dois momentos para o recebimento da denúncia ou queixa. Um primeiro momento em que o juiz receberia a peça seria quando o mesmo expede a ordem de citação, e outro momento, nos dizeres do professor estaria configurado quando:

§ 2.º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código Penal.

§ 3.º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4.º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5.º Se entender imprescindível, o juiz no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

²⁸ Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

(...) E parece que, na hipótese de não haver rejeição liminar da denúncia ou queixa, o Juiz simplesmente determina a notificação do réu para responder, e depois de feita a resposta é que o Juiz vai receber ou rejeitar a peça acusatória. (2009. p.173 – B).

Segundo o entendimento preconizado pelo professor Tourinho Filho, haveria dois momentos para o recebimento da denúncia ou queixa, conforme os artigos 396²⁹ e 399³⁰ CPP, entretanto, podendo prosperar apenas um, o professor toma para si o entendimento do recebimento da peça, após a apresentação da defesa preliminar.

5.2.1 Da Obrigatoriedade Da Nova Defesa Preliminar No Rito Ordinário do Código de Processo Penal

Anteriormente, era facultado ao acusado a apresentação da defesa prévia, que ocorria de forma não detalhada, era a simples afirmação de produção de provas em momento oportuno e oferecimento do rol de testemunhas.

²⁹ Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (Artigo com redação dada pela Lei n.11.719, de 20-6-2008.)

³⁰ Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Artigo com redação dada pela Lei n.11.719, de 20-6-2008.)

O novato artigo 396- A³¹ do Código de Processo Penal instituiu a chamada defesa preliminar, que retira da celeuma da primariedade de atos o interrogatório, este não mais é realizado como primeiro ato da instrução criminal, pois foi substituído pela apresentação da defesa preliminar por escrito.

A partir de então, uma vez recebida a denúncia ou queixa pelo magistrado e este após despachar a favor da citação, não mais “chama” o acusado para o interrogatório, mas sim para oferecer a defesa preliminar escrita.

5.3 Defesa Técnica

A defesa técnica está voltada para a atividade do advogado, profissional devidamente habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, visando garantir a paridade de armas no *iter* processual. Sua existência exterioriza-se como requisito de validade no processo, consoante disposto no artigo 261, *caput*, CPP³² c.c. artigo 564, II, “c”, primeira parte³³ do mesmo diploma legal.

No processo penal, o advogado como sujeito técnico-jurídico do acusado atua segundo Beling apud Tourinho Filho (2009, p. 505):

El defensor penal no es patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y de la justicia en cuanto puedan estar lesionados en la persona del imputado.

³¹ Art. 396- A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Artigo com redação dada pela Lei n.11.719, de 20-6-2008.)

³² Art. 261, Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

³³ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente,

De notar, ainda, que o advogado no decorrer de sua atividade deve fazer uso dos meios legítimos, passíveis de diminuir a imputabilidade do acusado frente ao processo criminal. Neste sentido sua atuação não será imparcial, pois se espera que o defensor preste assistência ao imputado, ocorrendo um contrário senso, se assim não agir.

De forma brilhante o ex-procurador do Estado de São Paulo Antonio Scarance Fernandes (2000, p.258) faz uma correlação entre a ampla defesa e a defesa técnica:

A defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Por outro lado, além de ser garantia, a defesa técnica é também direito e, assim, pode o réu escolher defensor de sua confiança

O zelo em relação a obrigatoriedade da defesa técnica se perfaz, devido a maior ocorrência do Ministério Público como legitimado ativo no campo acusatório criminal (ações penais públicas), sendo a instituição formada por profissionais altamente qualificados, e que possuem a Polícia Judiciária como auxiliares, desempenhando suas funções investigatórias.

A advocacia é configurada pela Constituição da República em seu artigo 133, como função essencial à Administração da Justiça, *in verbis*: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. E a Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (artigo 134 CF/88³⁴).

Neste sentido, não é apenas a Constituição Federal que esbarra no ideal da defesa técnica, pois o legislador processualista penal assim também o fez, ao redigir o artigo 261, paragrafo único ³⁵, coadunando a visão constitucional ao

³⁴ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV.

³⁵ Art.261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

processo penal brasileiro, estabelecendo que o acusado durante o trâmite processual obtenha o acompanhamento de advogado.

Seguindo essa esteira de raciocínio, é possível acrescentar a visão jurisprudencial do STF ao editar a Súmula 523³⁶, onde assevera a ocorrência de nulidade absoluta para a ação penal, na ausência de defesa, desde que comprovado o prejuízo suportado pelo réu (STF. 2ª Turma. HC 81964/SP. Rel.: Min. Gilmar Mendes³⁷. 1ª Turma. HC 72638/MT. Rel.: Min. Moreira Alves³⁸).

Em complemento, abarca-se a posição doutrinária do tripé processual da USP, formado por Ada P. Grinover, Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 27) sobre princípio do prejuízo:

Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá *prejuízo* e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

³⁶ S.523. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

³⁷ EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPOSIÇÃO DA TURMA JULGADORA. VIOLAÇÃO DO ART. 617 DO CPP. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. 1 – Inexiste direito a que se tenha abertura de vista e documentação juntada por co-réu, em caso de defesa não –colidentes. 2 – Não comprovada a configuração de prejuízo não há que se falar em cerceamento de defesa (Súmula 523), quando juiz federal integrava a Turma Julgadora como revisor. 3 – Não há que se cogitar de reformatio in pejus já que o juiz assegurou tão-somente o direito de apelar em liberdade, não sendo extensível essa faculdade aos demais recursos porventura cabíveis após o julgamento do apelo. Precedentes. 4 – O princípio constitucional da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. Precedentes. 5 – Habeas corpus indeferido.

³⁸ EMENTA: “ Habeas Corpus”. – Inexistência da nulidade alegada, porquanto, tratando-se de prova superveniente a decisão condenatória proferida em única instância por Tribunal de Justiça, não poderia ele manifestar-se a respeito, sem que o paciente se valha da via própria para essa apreciação que a revisão criminal. – Por outro lado, para caracterizar-se a deficiência de defesa capaz de acarretar a nulidade, e mister, em conformidade com a Súmula 523, que haja prova de prejuízo para o réu, o que não foi feito, objetivamente, no caso. “Habeas corpus” indeferido.

de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional (...)

Arremata Grinover (2006, p. 89) que:

Nessa linha – nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver consequência – é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.

Portanto, seguindo este pensamento, a deficiência da defesa por parte do causídico apenas dará causa a nulidade quando houver relevância do prejuízo (*pas de nullité sans grief*) ofertado ao acusado (artigo 563 do Código de Processo Penal³⁹).

Nesse interim, afirma-se que o advogado atuará como guia não apenas no juízo comum, mas também em sede recursal, e nesta verifica-se a necessidade ímpar de sua existência, pois em determinados casos discute-se apenas matéria de mérito, e não fatos, o que torna inviável ao acusado, a confecção de uma peça recursal, com exceção a impetração da ação de *Habeas Corpus*, que pode ser formulada por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem (artigo 654 do Código de Processo Penal⁴⁰).

Seguindo esta tendência, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 708⁴¹, considerando nulo o julgamento da *apellatio*, se após a renúncia do único defensor, não se intimou o réu para a constituição de novo defensor.

Destarte, a singular necessidade da existência de um defensor na realização de todo e qualquer ato processual, que comporte sua participação por

³⁹ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

⁴⁰ Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

⁴¹ S. 708. É nulo o julgamento da apelação, se após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

óbvio, deve ser minuciosamente preservada, pois quando se está em sede da processualística penal, se está diante do meio cerceador das garantias e liberdades do indivíduo, havendo a necessidade de observância dos ditames constitucionais referentes à essas normas pós-positivistas.

Ao acusado é permitido a escolha de seu advogado de confiança, e tanto este, quanto o defensor dativo (nomeado pelo Estado quando o acusado não tiver defensor ou não puder custear os serviços do mesmo), e defensor *ad hoc* (nomeado para a prática de ato específico quando ausentes os anteriores, em obediência a regra do artigo 265, parágrafo 2.º do CPP ⁴²) tem o dever de atuar de forma efetiva, ambos sendo responsáveis pela defesa técnica do acusado. ⁴³

Diferente não ocorre com o curador, que é o defensor especial, de confiança do magistrado, nomeado como causídico do menor incapaz e do índio, podendo ser inclusive o defensor dativo.

Nessa linha colabora Moreira (2007, p. 220/221):

Evidente que, sob a ótica do direito civil anterior, o indiciado menor era aquele sujeito entre 18 e 21 anos, apesar de ser imputável do ponto de vista penal, ainda era considerado pela lei civil uma pessoa relativamente incapaz. Hoje, diferentemente, como o maior de 18 anos não é mais relativamente incapaz, é claro que todo indiciado tem idade igual ou superior a 18 anos; contrariamente, quem tem idade inferior a esta, jamais pode ser indiciado em inquérito policial. Assim, todo indiciado é, hoje, maior, pois todo menor está sujeito ao procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), até mesmo na fase policial.

Portanto, aplica-se as disposições do código civilista brasileiro em seu artigo 5.º, *caput* ⁴⁴.

⁴² Art. 265- § 2.º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para efeito do ato.

⁴³ CPP, Art. 263. Se o acusado não tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

⁴⁴ Art. 5.º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

O Supremo Tribunal Federal em razão a está matéria lapidou a Súmula 352 ⁴⁵, informando não haver nulidade se não houve a nomeação do curador, e ainda assim, ocorreu defesa efetiva por parte do defensor dativo. Bem como, não se pode declarar a nulidade quando o defensor constituído exercitar suas atividades advocatícias de forma efetiva, zelando por seu cliente, ainda que este seja menor incapaz ou indígena, pois o que se deve observar é a efetividade da defesa despendida ao acusado.

5.3.1 Matérias a Serem Abordadas na Defesa

Após a constituição da defesa, a mesma tem a obrigação de trazer ao mundo dos autos, de forma tempestiva, todos os argumentos lícitos e necessários para que se obtenha caso seja possível a absolvição sumária. Uma vez cumpridas às exigências trazidas pelo artigo 396-A e parágrafos, o juiz deverá proferir a absolvição sumária quando verificar: (I) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (II) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; (III) que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (IV) extinta a punibilidade do agente.

Com o advento do artigo 396-A, tudo o que for necessário alegar, a defesa o deverá fazer, é possível tomar como exemplo a alegação de incompetência, litispendência, ou mesmo o reforço de uma tese defensiva que já havia sido levantada de forma prévia, durante a fase pré-processual.

De acordo com Tourinho Filho (2009, p.37 - C), é plenamente possível invocar:

Eventuais irregularidades do inquérito, por exemplo, a perícia ter sido feita por perito não oficial, havendo na comarca um corpo de peritos oficial; (...); se já ocorreu a prescrição; se ainda não se findou o procedimento

⁴⁵ S. 352. Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo.

administrativo nos crimes tributários; se o crime foi impossível, nos termos do art. 17 do CP; no peculato culposo se já houve reparação do dano.

A resposta do réu: é de suma importância. É a oportunidade que dispõe para lograr, se for o caso, um julgamento antecipado. É a sua defesa que pode voltar-se contra a ação e contra o processo.

Portanto, o defensor deverá alegar tudo o que for necessário para se possível, desde início findar a ação.

Cumpra acrescentar que as provas a serem produzidas deverão ser especificadas a partir de agora, não cabe mais o simples protesto por provas.

Para que seja possível prosseguir com o raciocínio, é preciso fazer a seguinte indagação: uma vez reconhecida à inépcia da inicial ou a justa causa, por exemplo, passa a existir a possibilidade da impetração de *Habeas Corpus*?

Deste modo, ao ser recebida a queixa ou a denúncia pelo juiz, este ordenará a expedição do mandado citatório.

Pois bem, ao ser feita a interpretação do artigo 396-A do CPP, o que salta aos nossos olhos é a possibilidade de na resposta, ser arguida preliminares e alegadas todas as matéria de defesa, portanto, como deveria o magistrado se comportar, ao ser alegada, por exemplo, a inépcia da inicial?

Uma vez que o mesmo ao reconhecê-la, o magistrado não pode impetrar o *Habeas Corpus*, contra decisão proferida por ele mesmo, bem como não lhe é permitido rejeitar a denúncia a partir de então. A solução para esta questão é trazida pelo instituto da absolvição sumária, nos moldes do artigo 397 do CCP.

5.4 A Defesa Efetiva Frente a Desídia / Recusa do Advogado

É direito fundamental de todo acusado o contraditório e a ampla defesa, sendo assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV⁴⁶. Nesta

⁴⁶ Art. 5º - LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

diapásão, a recém-nascida defesa preliminar em âmbito processual penal, ao adentrar o ordenamento jurídico sob o rótulo dos artigos 396 e 396-A do CPP, vem amparada pelo Princípio Constitucional da Ampla Defesa e não pode ser mitigada.

Outrossim, o CPP em seu artigo 261 trabalha em complementação com a CF/88, impedindo que o acusado seja processado e julgado sem defensor, ainda que o acusado esteja ausente.

No mais, caso o acusado não tenha defensor, o artigo 263 em conjunto com o artigo 564, III, “c”, do Código de Processo Penal, autorizam o juiz a lhe nomear um sob pena de nulidade.

É necessário acrescentar que a segunda parte do artigo 396-A, onde se refere ao “acusado que citado, não constituir defensor”, deve ser aplicada apenas a citação feita pessoalmente, pois caso ela ocorra por edital, aplica-se o disposto no artigo 366 do mesmo Codex, que suspende o processo e a prescrição até que o réu seja encontrado.

A obrigatoriedade da nova modalidade de defesa no rito comum se exterioriza através do artigo 396-A, § 2º, CPP, onde dispõe que:

Art. 396 - A, § 2º - “Não apresentada à resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Por fim, se faz necessário que haja atenção para a devida apresentação da defesa preliminar, pois em não a fazendo cabe ao magistrado desconstituir o defensor e nomear outro para fazê-la. E em não a oferecendo o defensor estará rompendo com o princípio de caráter constitucional, furtando-se de sua efetiva atuação em prol dos interesses do réu.

5.4 Autodefesa

A autodefesa nasce através do auxílio prestado pelo próprio acusado em relação a causa, ou seja, quando ele colabora fornecendo informações relacionadas ao delito que lhe é imputado favorecendo seus próprios interesses.

Na doutrina de Tourinho Filho (2009, p.500) encontra-se a distinção sobre as espécies de defesa apontadas por Fenech, e cabe ao presente estudo acrescentá-las. São elas:

Genérica: quando a cabo pela própria parte, mediante atos constitutivos de ações ou omissões, no sentido de fazer prosperar ou impedir que prospere a atuação da pretensão punitiva.

Específica: quando promovida por pessoa especializada que tem como profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes, atuando no Processo Penal para realçar seus direitos.

O que se nota é a possibilidade que o acusado possui em colaborar com a causa, sendo possível ao mesmo se recusar em fazê-la, (um exemplo se dá quando o réu entende por bem manter-se calado, colocando em movimento o preceito constitucional do direito ao silêncio, trazido pelo artigo 5º, inciso da Constituição do Brasil), deste modo, afirma-se que a autodefesa é facultada e não obrigatória ao réu.

No mais, é possível acrescentar que a defesa técnica se complementa através da autodefesa, pois nesta, o réu informa a seu defensor fatos que somente ele (réu) tem conhecimento acerca da ocorrência ou negativa do delito a ele imputado.

Ante a explanação supra, passa-se a estudar o interrogatório.

6. DO INTERROGATÓRIO

A expressão “interrogatório” é oriunda do termo latim *interrogatoriu*, estando sua melhor definição, na língua portuguesa, encontrada no Dicionário Aurélio (2009, p. 1.122), que assim define o instituto: “Interrogatório. **S.m.1.** Ato ou efeito de interrogar. **2. Jur.** Auto em que se reduzem a escrito as respostas que dá o indiciado ou o réu às perguntas feitas pela autoridade competente”.

Neste sentido, é ainda necessário, complementar as palavras encontradas no dicionário Aurélio, com a clássica definição de Borges da Rosa (1942, p. 493) compreendendo o instituto como: “é o conjunto de perguntas que a autoridade dirige ao acusado”.

Trata-se de ato processual fundamental no trâmite processual, onde o acusado é questionado sobre os fatos que a ele são ofertados na ação criminal. Vejamos o que versam os professores Távora e Antonni (2009, p. 346) acerca do conceito de interrogatório:

O interrogatório é a fase da persecução penal que se permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa. Terá o imputado contato com a autoridade, o que lhe permite indicar provas, confessar a infração, delatar outros autores, apresentar as teses defensivas que entenda pertinente, ou valer-se, se lhe for conveniente, do direito ao silêncio.

Ainda sobre o conceito do ato de interrogar, utilizamo-nos dos ensinamentos de Bonfim (2010, p.129) : “abrindo-lhe oportunidade para que deles se defenda, ou nada diga (valendo-se do direito constitucional ao silêncio)”.

Cabalmente demonstrado na transposição da obra supra está a possibilidade do réu calar-se, não devendo este silêncio ser interpretado em seu desfavor frente a culpabilidade.

Desde já acrescenta-se que se está diante de um ato público, oral e obrigatório, presidido pelo juiz competente.

6.1 NATUREZA JURÍDICA

A necessidade em se estudar a natureza jurídica do interrogatório, advém da importância que este ato processual apresenta dentro da instrução criminal, devido as suas características, tais quais como, a obrigatoriedade / necessidade.

No direito processual penal brasileiro, a doutrina nacional trava discussões sobre a natureza jurídica do interrogatório. Ilustres doutrinadores o consideram como meio de prova, outros como meio de defesa, e há ainda os que defendem a existência de uma corrente híbrida.

É notório que na história do direito processual penal brasileiro o interrogatório qualificava-se como meio de prova exclusivamente, não aceitando o silêncio do acusado como forma de defesa durante o procedimento, e utilizando este silêncio em prejuízo ao réu. Tratava-se de um interrogatório com características inquisitoriais.

O Código de Processo Penal – Decreto Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – seguiu esta tendência, absorvendo posteriormente alterações legislativas que culminaram em alterar a natureza jurídica do interrogatório, trazendo discussões em sede doutrinária e jurisprudencial.

A Lei 10.792/2003 postulou nova redação aos artigos 185 a 196, revogando o artigo 194 do CPP e Inserindo no Título VII, Capítulo III do Código de Processo Penal as formalidades impostas para a realização do interrogatório. Estando portanto, inserido dentro do título referente as provas.

Em análise sistemática encontra-se a permissão constitucional para que o interrogado permaneça em silêncio, ou mesmo, responda as questões a ele dirigidas, com fatos inverídicos. Daí, nasceu a divergência doutrinária.

De outro lado, a lei 11.719/08 determinou nova redação ao artigo 400 do Código de Processo Penal, objetivando um avanço no procedimento, em detrimento da concentração de atos, e também, o efetivo exercício do contraditório e ampla defesa. Nos dizeres de Gilberto Thums apud Marcos Eberhardt (2009, p. 127):

[...] a tendência é reservar ao réu o direito de ser interrogado somente ao final do procedimento e manifestar-se sobre o processado, o que demonstra a pureza do princípio acusatório moderno, que não se vale mais do interrogatório como uma forma de iniciar o processo com vistas a obter a confissão e influenciar o juiz antes de ver as demais provas.

Cumprir trazer a baila a redação do artigo 400 do Codex, a saber:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-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.

§ 1.º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2.º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

Ademais, a lei 11.719/08, tornou o interrogatório, o último ato da instrução criminal, havendo a inquirição do acusado somente após a manifestação da acusação e defesa, o que faz presumir a natureza jurídica do interrogatório frente a lei 11.719/08, como sendo de natureza mista (meio de prova e de defesa), pois ao mesmo tempo em que ele esclarece a verdade dos fatos, colaborando com sua versão sobre a causa, o magistrado forma sua convicção através destes elementos fáticos ofertados pelo interrogado.

Neste sentido, abordamos as três correntes doutrinárias que abarcam a natureza jurídica do ato.

6.1.1 Meio de defesa

O interrogatório entendido como meio de defesa exterioriza-se principalmente pela possibilidade de invocação do direito constitucional de silêncio pelo réu, tutelado no artigo 5.º, LXIII⁴⁷. Bem como, ao imputado apresentar a sua versão dos fatos criminais a ele dirigidos, fazendo uso de apontamentos que não estão limitados as perguntas formuladas pelo magistrado.

No mais, utilizando-se do direito de silêncio, não pode este ser entendido como confissão ficta ou presumida, uma vez que este direito está pautado na Constituição da República, não havendo qualquer possibilidade de que se utilize em desfavor do acusado. Há que se ressaltar, que mesmo diante da proibição legal em se utilizar o silêncio contra o réu, este pode dar contornos negativos à sua defesa, pois nada arguiu em seu favor ao permanecer calado.

Destarte, uma vez defendido o interrogatório como meio de defesa, não é possível ocorrer prejuízo ao réu, pois não pode haver a autoincriminação por não responder as perguntas do magistrado.

Quanto à essência do ato, após a entrada em vigor da lei, Távora e Antonni (2009, p.346 e 347) o consideram como meio de defesa, sendo óbvia a posição dos juristas quando assim discorrem:

b) Interrogatório como meio de defesa: posição que tem crescido vertiginosamente, na esteira de que o interrogatório é, na essência, meio de defesa, notadamente porque o réu pode invocar o direito ao silêncio, sem nenhum prejuízo a sua culpabilidade. Ademais, o interrogatório é o momento para o réu, em desejando, esboçar a versão dos fatos que lhe é própria, sendo expressão da autodefesa. Pode até mesmo mentir para livrar-se da imputação. (...). É também a nossa posição. O interrogatório pode funcionar até como *fonte de prova*, mas não deve ser enquadrado na vala comum dos meios de prova.

⁴⁷ Art. 5.º, LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

No mesmo sentido, aduz Tourinho Filho (2009, p. 275-276), conforme nota-se na leitura de sua obra doutrinária: A despeito da sua posição topográfica – no capítulo das provas -, o interrogatório é meio de defesa. (...) chegamos à conclusão ser ele, apenas, um meio de defesa”.

Completa-se o entendimento sobre o interrogatório como meio de defesa, uma vez que ao formular as perguntas, o magistrado não tem como obrigar o interrogado a responder tais assertivas, e se assim o fizer, e acabar o réu por responder contra a sua vontade, há que se afirmar o nascedouro de uma prova ilícita frente ao dogma constitucional do direito ao silêncio.

Neste interim, em não havendo a permissão para que se entenda o silêncio como confissão ficta (já que vigora no processo penal a busca da verdade real dos fatos, não havendo inversão do ônus da prova quando o acusado silenciar), não há prejuízo algum para a defesa, florescendo portanto, o ideal de que o interrogatório, apesar de estar inserido no título referente as provas, é um meio de defesa, podendo contribuir apenas como meio de prova, mas não, tendo sua natureza definida como uma prova em si.

Por fim, resgata-se a disposição constitucional preceituada no artigo 5.º, inciso II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, servindo como argumento para os que defendem a corrente em tela, haja vista, a existência de expressa disposição constitucional permissiva para que o interrogando permaneça calado, pois se não há dispositivo legal que obrigue o acusado a quebrar o silêncio, tem-se um meio de defesa

6.1.2 Meio de Prova

Por prova entende-se como o meio de inserir no processo algo que possa trazer informações sobre a atividade praticada, visando a comprovação do que está alegado no mundo dos autos. Seja ela apresentada pela acusação, imputado, ou terceiros (v.g., peritos e testemunhas).

Exorta Espínola Filho apud Demercian e Maluly (2005, p.282):

a atividade desenvolvida no curso da ação para convencer da existência de infração penal, sua autoria (declinada na denúncia ou queixa), bem como de ter havido ou não causas excludentes da criminalidade, para afastar a responsabilidade do agente.

Em sede de processo penal, o magistrado após a angariação de provas, utiliza-se delas como um todo, e não de forma isolada, formulando seu livre convencimento sobre os fatos alegados e debatidos durante o desenrolar processual.

É de se notar a preponderância de alguns importantíssimos jurisconsultos, que seguem o entendimento do legislador, qualificando o interrogatório como meio de prova, utilizando-se dos argumentos de que os meios de defesa são também espécies de prova. No mais a Lei 10.792/03 não trouxe alterações concernentes a natureza jurídica do ato. Assim descreve Mirabete (2006, p.272): “A Lei nº 10.792, de 1.º-12-2003, não descaracterizou o interrogatório como **meio de prova e ato de defesa**”.

Para esta corrente, tem-se o interrogatório como forma de angariar provas, estando a defesa fortalecida em seu desenrolar, conforme se observa na redação do artigo 185, *caput*, CPP ⁴⁸, ao prever a necessidade da presença do defensor, nomeado ou constituído, no momento de se qualificar e interrogar o acusado.

Lapida Camargo Aranha (1999, p. 92) os motivos que fazem do interrogatório meio de prova:

Em primeiro lugar, porque colocado no código entre as provas e como tal considerado pelo julgador ao formar sua convicção depois, porque as perguntas podem ser feitas livremente, apenas obedecendo-se às diretrizes do artigo 188; em terceiro, porque pode atuar tanto contra o acusado, no caso da confissão, como em seu favor; e, finalmente, como ônus processual (artigos 186 e 191).

⁴⁸ 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.

O argumento funcional desta corrente resvala na inserção do interrogatório pelo legislador dentro do capítulo das provas, bem como, cabe ao magistrado a possibilidade de inquirir o réu, com perguntas direcionadas a formar seu livre convencimento sobre a causa.

A crítica que se faz ao definir o interrogatório como meio unicamente de prova está pautada em não ser o réu obrigado a fornecer elementos de prova, o que lhe permite silenciar ou mesmo mentir durante o interrogatório, devendo o magistrado valer-se de outros meios para alcançar substrato probatório mínimo para formular seu convencimento. Neste sentido, é de sopesar que em sendo considerado como meio de prova, estaria o acusado obrigado a responder as questões a ele dirigidas.

Cabe aqui uma ressalva, haja vista, o acusado poderá declarar fatos inverídicos (por não haver na seara jurídica brasileira o compromisso do acusado prestar a verdade) e jamais, mentir sobre sua identidade, o que acarretará a configuração do crime previsto no artigo 307 do Código Penal ⁴⁹. Outrossim, já se pronunciou a respeito em diversas decisões o Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica nos julgamentos STF 1ª T, HC 73.161/SP, Rel. Min Sydney Sanches ⁵⁰, STF 2ª T, HC 72.377/SP, Rel. Min. Carlos Velloso ⁵¹.

⁴⁹ Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

⁵⁰ EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" IMPETRADO CONTRA CONDENAÇÕES EM TRÊS PROCESSOS. ALEGAÇÕES DE NULIDADE, POR RESULTAREM: a) - de flagrante forjado; b) - de reconhecimento induzido; c) - de elementos meramente informativos do inquérito policial; d) - de cerceamento de defesa; e) - de provas insuficientes. ALEGAÇÃO, TAMBÉM, DE ATIPICIDADE DA CONDUTA RELATIVA AO CRIME DO ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. 1. "H.C." prejudicado, quanto a uma das condenações, porque superada por absolvição, em grau de recurso. 2. "H.C." indeferido, quanto ao mais, nos termos do parecer do Ministério Público, porque não configuradas as nulidades argüidas; caracterizado, sim, o delito do artigo 307; e inadmissível o reexame de provas, no âmbito estreito do "writ". 3. "H.C." conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido.

⁵¹ EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". CRIME DE ROUBO: CONSUMAÇÃO. FALSA IDENTIDADE. SEQUESTRO. I. - Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima. II. - Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com

Ademais, cabe a acusação demonstrar o contrário sobre as declarações efetuadas pelo réu durante sua inquirição, uma vez que vige o princípio do *in dubio pro réu*, sendo função da acusação rebater o que foi dito pelo interrogado, demonstrando o que entender inverídico, pois a absolvição pode ser efetuada com base na palavra do réu.

Outrossim, Malatesta (1996, p. 418) assim ensina:

O testemunho do acusado é uma das espécies da prova testemunhal. Ninguém, em boa-fé, pode negar que a palavra do acusado tem também legitimamente, seu peso na consciência do juiz, para a formação do convencimento. E se assim é, sua palavra é, portanto, uma prova; e se é uma prova, não pode ser senão pessoal, e pois, nos limites da oralidade por nós determinados, um testemunho: é claro como a luz do sol.

Não se pode desconsiderar as afirmações ofertadas pelo acusado, pois mesmo, havendo a possibilidade de que o imputado não afirme a eventual verdade acerca dos fatos, seu testemunho possui valor probatório.

6.1.3 Meio de Prova e Meio de Defesa (Teoria Híbrida)

Entender a natureza jurídica do interrogatório como meio de prova e de defesa é a posição preponderante na doutrina brasileira. Não havendo distinções acerca da natureza jurídica do ato, para a corrente majoritária.

Sua natureza mista é ressaltada pelas prerrogativas constitucionais conferidas ao acusado (v.g., direito ao silêncio, impossibilidade de uso deste em desfavor do réu, bem como a possibilidade que o acusado possui em ofertar sua versão acerca dos fatos a ele imputados) e também, em razão das perguntas

nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. III. - Crime de sequestro não caracterizado. IV. - Extensão ao co-réu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de sequestro. V. - H.C. deferido em parte.

formuladas para ao réu por parte do Ministério Público, Defesa e Magistrado, que poderá se valer da colheita para a formação de seu livre convencimento.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça simpatizam com este posicionamento. Dentre os doutrinadores de maior valia no cenário jurídico brasileiro, trazemos o entendimento de Pacheco (2005, p.870), que é defensor desta tese híbrida, e assim o faz: “a *natureza jurídica* do interrogatório é dúplice: meio de prova e meio de defesa”. E compartilha do mesmo ideal, Vilas Boas (2001, p.265) ao afirmar: “Por isso, a nosso ver, o *interrogatório* cumula uma função dúplice para o acusado: um valoroso meio de prova e de defesa”.

Cumprido informar, que para esta corrente dominante, o fato de o magistrado formular perguntas ao réu, bem como o *Parquet* e o defensor, ainda que através do sistema presidencial (por meio do juiz), configura a natureza híbrida do interrogatório, pois não está o magistrado adstrito apenas as perguntas trazidas pelo molde legal, podendo valer-se das que entender pertinentes e cabíveis.

Por fim, as alterações substanciais contempladas pela lei, é possível citar: a) indispensabilidade da presença do advogado (constituído ou nomeado) na realização do ato (art. 185, § 1.º), b) possibilidade de entrevista reservada entre o acusado e seu defensor (art. 185, § 2.º), c) utilização do direito de silêncio, não sendo este presumido como confissão, *et al.* Sendo oportuno acrescentar que o Estado não trabalha apenas em proteção ao acusado quando permite seu direito de silêncio no interrogatório, pois zela pela sociedade ao efetuar a identificação criminal do réu, obedecendo o preceito constitucional do artigo 5.º, LVIII⁵².

⁵² Art. 5.º, LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

6.2 CARACTERÍSTICAS

Em razão da formalidade dos procedimentos processuais, os atos possuem caracteres que os qualificam, que os tornam diversificados entre os procedimentos. Para tanto estuda-se as características do interrogatório.

6.2.1 Personalíssimo

De início o interrogatório qualifica-se com o um ato **personalíssimo**, não possibilitando que outra pessoa, a não ser o acusado ou o indiciado (inquérito policial) se submeta ao crivo procedimental. Não é permitida a representação nem mesmo pela pessoa do defensor, ou sucessão, pois, somente o acusado poderá prestar os esclarecimentos acerca do fato delituoso que lhe é imputado na denúncia ou queixa. O que pode ocorrer é a representação do defensor para justificar a ausência do imputado, mas não fazer as vezes deste. A exceção em sede do ordenamento jurídico como um todo, está na Justiça do Trabalho, que admite o depoimento pessoal do reclamado através do preposto.

Caso figure no polo passivo da ação a pessoa jurídica (v.g., crimes contra o meio ambiente) o interrogatório será colhido em face do representante legal da mesma. Sobre o tema, o Código de Processo Penal nada disciplina, devendo ser utilizado o artigo 12, VI do Código de Processo Civil ⁵³ por analogia.

⁵³ Art. 12. São representados em juízo, ativa ou passivamente:

VI – as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;

6.2.2 Individual

Havendo a ocorrência do concurso de pessoas, é necessário que o interrogatório dos corréus não se realize simultaneamente, conforme estabelece o artigo 196 do Código de Processo, pois o interrogatório é **individual**, e neste ínterim, é preciso dispor que um réu não poderá ouvir o interrogatório de outro, sob pena de nulidade.

Sobre a similaridade de datas para que se proceda ao interrogatório dos corréus, Tourinho Filho (2005, p. 289) aduz: “ Havendo dois ou mais imputados em um só processo e coincidindo a realização de seus interrogatórios no mesmo dia, cada um deles será interrogado separadamente, de modo que um não ouça o que o outro diz”. Ainda que no processo penal se preze pela realização dos atos de forma una, é plenamente possível a divergência entre o termo dos interrogatórios dos corréus.

O que o legislador vislumbrou ao inserir o referido artigo, é tornar o ato procedimental puro, impedindo que um réu sinta-se intimidado ou ameaçado pela presença de outro, o que possibilitaria que faltasse com a verdade sobre os fatos, causando evidente prejudicialidade ao ato.

6.2.3 Publicidade

Seguindo a dialética dos atos processuais, o interrogatório abarca como característica a **publicidade**. Assim dispôs o legislador ao formular a redação

do artigo 185, § 1.º, CPP ⁵⁴. A exceção a regra ocorre nas hipótese previstas no artigo 792, § 1.º do Código de Processo:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1.º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Este dispositivo encontra respaldo no artigo 5.º, inciso LX do magno texto constitucional, quando assim dispõe: “ a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Portanto, quando a manutenção da publicidade do interrogatório for passível de causar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o ato poderá realizado a portas fechadas.

Ainda que o interrogatório seja procedido no estabelecimento prisional o ato não perderá sua característica pública, com exceção a redação trazida no artigo 792, § 2.º do Código de Processo ⁵⁵.

⁵⁴ Art. 185, § 1.º 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**. (Grifo Nosso).

⁵⁵ Art. 792, § 2.º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

6.2.4 Judicialidade

A **judicialidade** apresenta-se sob a possibilidade de ser apenas o juiz o responsável por formular as perguntas para o réu no interrogatório, não sendo permitido que a defesa e acusação interfiram no procedimento. Sua previsão está inserida no *caput* do artigo 185 Código de Processo Penal ⁵⁶.

É preciso acrescentar que nos tribunais a formulação de perguntas, será responsabilidade do relator do processo, ou ainda, “o magistrado da comarca em que reside o infrator”, segundo ensina Távora e Antonni (2009. p.351). Cabe portanto, Sendo possível somente ao juiz a realização perguntas para o réu, uma vez que o ato consiste em questionar, perguntar, inquirir o imputado acerca dos fatos descritos na peça acusatória.

Ainda que o artigo 188 do Código de Processo permita que: “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”, esta possibilidade não afasta a característica de judicialidade do interrogatório, pois o magistrado não está adstrito a resignar as perguntas ao interrogado.

A exceção a regra ocorre no procedimento do Tribunal do Júri, na fase da instrução em Plenário (art. 474, § 1.º ⁵⁷) onde o legislador permitiu que a acusação e defesa façam perguntas diretamente a pessoa do réu.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Art. 474. § 1.º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

6.2.5 Oralidade

Via de regra a forma utilizada no decorrer do ato é **oral**, havendo redução a termo do que for colhido durante o procedimento. A exceção estará configurada quando o réu for estrangeiro (sendo necessária a presença de interprete), surdo, mudo ou surdo-mudo.

Nestes casos o legislador elenca nos artigos 192 e 193 do códex as dirimentes a serem obedecidas para a realização do *interrogatorium meritum*. Sendo apresentadas as perguntas de forma escrita ao surdo, de forma oral ao mudo/ surdo-mudo, colhendo-se as respostas por escrito do mudo e do surdo-mudo, e oralmente do surdo.

Por fim, se o interrogando for analfabeto, a ele será nomeado pessoa habilitada trabalhando na função de intérprete.

6.2.6 Ato Não Preclusivo

O legislador possibilitou no artigo 196 do códex, que a todo tempo o juiz possa realizar novo interrogatório, seja *ex officio* ou a requerimento das partes. Entretanto, não é possível esquecer que a redação dada a este artigo processual, foi ordenada pela lei 10. 792/03, e que o procedimento sofreu alterações com o advento da lei 11.719/08, passando o interrogatório a figurar como último ato da instrução criminal.

Deste modo, as possibilidades existentes dentro do código merecedoras de novo interrogatório, segundo Capez (2010, p.401) são:

Uma das hipóteses está prevista no art. 382, § 2.º, o qual prevê a possibilidade, no caso de *mutatio libelli*, de o juiz proceder novo

interrogatório. Da mesma forma, será autorizado um novo interrogatório após a audiência única, quando for concedido prazo para a apresentação de memoriais por força da complexidade do caso ou número de acusados (CPP, art. 403, § 3.º) ou quando ordenada diligência considerada imprescindível (CPP, art. 404). Mencione-se, ainda, que poderá o juiz, uma vez comparecendo o acusado, proceder ao seu interrogatório (CPP, art. 185), nas hipóteses em que o acusado, citado pessoalmente (CPP, art. 367) ou por hora certa (CPP, art. 362, com redação determinada pela Lei n. 11.719/08), torna-se revel.

Ensina ainda CAPEZ (2010, p. 401/402):

Creemos, todavia, que a melhor posição é aquela dispensável apenas por iniciativa exclusiva do acusado, de modo que comparecendo ele em juízo, antes do trânsito em julgado, e manifestando o desejo de ser ouvido, o juiz deve ordenar a sua qualificação e proceder o seu interrogatório. Havendo apelação interposta, deve o julgamento ser convertido em diligência, a fim de que ao réu seja dado influenciar sobre o convencimento do órgão julgador, sob pena de nulidade decorrente do cerceamento da defesa (...).

Convém ressaltar, que a lei n. 11.719/08 não retirou a possibilidade de novo interrogatório no processo penal, bem como, sua supressão é causadora de nulidade absoluta (564, III, “e” do Código de Processo Penal - presunção de prejuízo) frente ao princípio da ampla defesa, constitucionalmente assegurado, conforme já observado em tópico anterior.

6.3 Conteúdo

O procedimento imposto pelo legislador para a realização do interrogatório está descrito no Código de Processo Penal a partir do artigo 185, alcançando o artigo 196 do diploma legal.

Segundo disposição do artigo 186 do Códex, após ser devidamente qualificado e cientificado da acusação que contra ele pesa, o acusado será informado pelo presidente do ato, do seu direito de silêncio. Alegam Demercian e Maluly (2005, p. 303) que: “a omissão dessa informação pela autoridade, no

momento adequado, gera nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias”. No mesmo sentido confirmou o Pretório Excelso (1ªT, HC 78.708-1/SP, Min. Rel., Sepúlveda Pertence)⁵⁸.

O ato apresenta dois momentos distintos, segundo definiu o legislador, o primeiro dispõe sobre a pessoa do acusado (interrogatório de qualificação) e o segundo sobre os fatos (interrogatório de mérito). Em um primeiro momento o juiz tomará conhecimento sobre a pessoa do acusado, efetuando as perguntas elencadas pelo legislador, a saber:

§ 1.º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou de profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Após estar o réu qualificado, tem início o *interrogatorium meritorium*, onde o magistrado informará ao imputado o conteúdo da acusação imposta contra ele. Adentrando, o juiz no mérito das indagações, irá confeccionar as perguntas que serão respondidas pelo interrogado. O legislador processualista penal, trouxe as matérias que devem ser observadas no desenrolar da inquirição, lembrando que não se trata de um rol taxativo, mas meramente exemplificativo, sendo permitido que o juiz elabore questões necessárias para formar sua convicção sobre os fatos. São elas:

⁵⁸ EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.

§ 2.º Na segunda parte será perguntado sobre:

I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV – as provas já apuradas;

V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Efetuando a leitura do Código, vislumbra-se que ao réu é dada a possibilidade de mentir acerca da acusação, manter-se em silêncio (artigo 186), negar a acusação (artigo 189) e confessar a autoria (artigo 190).

Se utilizar da negativa de fatos, ainda que em parte, o réu poderá prestar informações e indicar provas, conforme disciplina o artigo 189 do CPP. Sobre a indicação de provas, acrescenta-se que cabe a acusação o *ônus probandi*, entretanto, em sede de negativa o imputado deve demonstrar a sua versão sobre suas alegações.

Caso confesse a autoria do crime, será indagado “sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, quais sejam”, redação dada pelo artigo 190 do diploma processualista, ou seja, sobre os motivos que o impeliram a realizar a conduta criminosa e se está configurada a ocorrência do concurso de pessoas.

Findo o interrogatório, o juiz perguntará as partes se restou fato a ser esclarecido, formulando as perguntas necessárias, caso entenda pertinente e relevante (artigo 188 do Código de Processo). Insta ressaltar, que a possibilidade verificada neste artigo põe fim a exclusividade do magistrado no interrogatório, pois, anteriormente, o interrogatório era considerado ato privativo do juiz, estando afastado este dogma com a nova redação do artigo 188, oriunda da Lei 10.792/03.

Por fim, acrescenta-se o disposto no artigo 564, III, “e” do Código de Processo ⁵⁹, que vislumbra a ocorrência de nulidade, quando não realizado o interrogatório, quando poderia ser feito.

Ante a exposição supra do conceito do interrogatório, passa-se a abordar sua natureza jurídica.

6.4 LOCAL DO INTERROGATÓRIO

O legislador processualista penal inseriu no códex o artigo 792, que prevê o local para a realização das audiências, sessões e atos processuais. A regra proclama que estes se realizem na sede do juízo (leia-se o Fórum).

Quanto ao réu em liberdade, este deverá se dirigir à juízo para acompanhar o procedimento. É necessário observar o artigo 399, 1.º do código de processo, com redação determinada pela lei 11.719/08, que inseriu jurídico o princípio da identidade física do juiz, possibilita o surgimento de dúvidas acerca do interrogatório realizado por carta precatória. Nesta diapasão acrescenta CAPEZ (2010, p. 403):

Desse modo, a nova previsão legal fatalmente suscitará dúvidas quanto à legalidade do interrogatório realizado via carta precatória, até porque, nesse contexto, com a reforma processual penal, que passou a contemplar, no procedimento ordinário e sumário, a audiência única (CPP, arts. 400 e 531), na qual se insere o interrogatório, “o acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação”(CPP, ART. 399, 1.º, com redação determinada pela Lei n. 11.719/08).

Quanto ao interrogatório do preso, inovações adentraram a *ordo iuris* com a publicação da Lei n. 10.792/03 e 11.900/09, haja vista, o deslocamento do

⁵⁹ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

e)- a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa.

interrogado preso até o juízo, além de custoso para o Estado, apresenta a possibilidade de fuga durante o traslado. Abarcamos as palavras de Távora e Antonni (2009, p. 349/350):

Questão interessante é a realização do interrogatório do réu preso. Sabe-se que os custos de deslocamento de presos aos Fóruns para acompanhamento de atos processuais, e no que nos interessa, para a realização do interrogatório, é bastante dispendioso aos cofres estatais. A utilização de viaturas (algumas vezes até de helicópteros), o dispêndio de policiais para garantir a segurança, e o risco sempre presente de fuga, acabou por inserir na pauta de discussão a realização do interrogatório *on line*, por videoconferência, evitando-se o deslocamento, com a utilização de aparato tecnológico a propiciar que o magistrado interrogue o réu sem precisar trazê-lo ao Fórum, ao vivo, numa rede de transmissão interligando diretamente o estabelecimento prisional e o Judiciário.

Quando os primeiros interrogatórios *on line* começaram a ocorrer no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça admitiu sua realização, desde que se apresentasse como exceção, aparecendo em hipóteses que justificassem a ocorrência de perigo, preservação da segurança e da ordem pública.

Em sentido contrário o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do instituto declarando a nulidade absoluta (STF, informativo n.º 526, referente ao *Habeas Corpus* n.º 90.900⁶⁰).

O legislador ao editar a Lei n. 10.792/03, nada discorreu sobre a o interrogatório *on line*, apenas permitiu que o magistrado se deslocasse até o estabelecimento prisional onde o acusado estiver recolhido, para realizar o ato de interrogar.

⁶⁰ O Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade formal da Lei paulista 11.819/2005, que previu a utilização de aparelho de videoconferência nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos — v. Informativo 518. Na espécie, o interrogatório do paciente, a despeito da discordância de sua defesa, realizara-se sem a presença do paciente na sala da audiência, por meio da videoconferência. Entendeu-se que a norma em questão teria invadido a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I). Vencidos, em parte, os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que também consideravam caracterizada a inconstitucionalidade material do diploma examinado. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que indeferia o writ, por não vislumbrar vício formal, já que o Estado de São Paulo não teria legislado sobre processo, e sim sobre procedimento (CF, art. 24, XI), nem vício material, haja vista que o procedimento instituído teria preservado todos os direitos e garantias fundamentais, bem como por reputar não demonstrado qualquer prejuízo na realização do interrogatório do paciente. HC 90900/SP, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 30.10.2008. (HC-90900).

Colocando fim a inconstitucionalidade proclamada pelo Pretório Excelso, nova reforma processual ocorreu, determinando o nascer da Lei n.11.900/09, que tratou da possibilidade de ocorrência do instituto.

6.4.1 Interrogatório *On-Line*

Os parágrafos do artigo 185 do código processualista ganharam novos contornos com o advento da Lei n. 11.900/09, permitindo a realização do interrogatório por sistema de vídeo conferência ou outro recurso tecnológico de transmissão em tempo real, desde que ocorra por decisão fundamentada do juiz e o meio empregado seja necessário para atender o disposto nos incisos do § 2.º, artigo 185. São eles:

I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

A partir de então, tem-se a previsão legal para a realização do interrogatório por videoconferência, devendo sua necessidade ser motivada pelo juiz da causa, sob pena de nulidade e obedecendo os requisitos descritos nos §§ 1.º, 2.º, 3.º e 5.º do artigo 185 CPP.

Deste modo, em qualquer modalidade de interrogatório, o direito de entrevista prévia e reservada entre defensor e réu deve ser respeitada sob pena de nulidade. No caso da videoconferência, devem ser garantidos acessos a canais reservados.

Mesmo após a entrada em vigor da lei que regulamenta o interrogatório por videoconferência, boa parcela da doutrina nacional questiona sua constitucionalidade, fundamentando sua posição “na violação ao direito de presença e na limitação da autodefesa, ambos corolários do princípio constitucional da ampla defesa” (BONFIM, 2011, p.394).

Outros doutrinadores informam a autodefesa, que está embutida dentro do direito de audiência (a participação do acusado no interrogatório). E sobre este direito enriquece-nos Grinover (1990, p.10):

Direito de audiência e direito de presença. Por direito de audiência entenda-se a possibilidade conferida ao acusado de influir pessoalmente no convencimento do juiz (e.g., interrogatório), ao passo que o direito de presença confere ao imputado a oportunidade de estar presente aos atos do processo, assegurando a sua imediação com o juiz e com as provas.

Neste sentido, disserta Tourinho Filho (2008, p. 279):

É pelo interrogatório que o juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena.

E no mesmo sentido é possível utilizar as linhas dissertativas de Edilson M. Bonfim (2011, p.395), mesmo não sendo adepto desta corrente:

Ademais, consoante esse entendimento, o princípio da imediação – segundo o qual o juiz deve tomar contato com as provas sem intermediários – é violado, na exata medida em que a tecnologia dificulta sobremaneira a percepção do juiz acerca das nuances do depoimento do acusado, com prejuízo à busca da verdade real.

Assim, para os defensores dessa corrente, o interrogatório em seu duplice aspecto resta enfraquecido com a realização da videoconferência.

Para o ilustre doutrinador acima citado e seus seguidores:

O interrogatório feito por meio do sistema de videoconferência busca tornar efetiva e célere a prestação jurisdicional. Não há que se falar em afronta aos

princípios da ampla defesa e publicidade, uma vez que o acusado, no interrogatório, tem contato direto e irrestrito com o magistrado e com seu advogado, sendo a publicidade garantida mediante a tecnologia.

A obrigatoriedade da presença do defensor, bem como sua prévia e reservada entrevista com o réu, elide o argumento das possíveis pressões externas que possam macular a autodefesa e o valor probatório do ato. É imperioso ressaltar que, de acordo com o art. 185, § 5.º, do CPP, faz-se necessária a presença de dois advogados, estando um primeiro no fórum juntamente com o juiz e o promotor de Justiça e o outro no interior do presídio, o que elide a existência de qualquer tipo de coação ou pressão no interior do estabelecimento prisional. (BONFIM, 2011, p. 395).

Analisando o Pacto de San José da Costa Rica frente ao interrogatório como meio de defesa, tem-se a impossibilidade de aplicação do interrogatório por vídeo conferência, uma vez que o Pacto prevê ao réu a possibilidade de se entrevistar na presença de um juiz.

Ademais, é possível concluir que o interrogatório por vídeo conferência, mesmo após sua efetivação no diploma normativo processual, ainda cause cisões na doutrina, pois de um lado estão os que presam pela preservação da segurança social, celeridade processual, efetividade da prestação jurisdicional e diminuição de gastos estatais com o deslocamento dos acusados, e de outro lado, os que entendem a existência de ofensa a ampla defesa (direito de audiência), e aos que defendiam a inconstitucionalidade do instituto por ausência normativa, não mais podem invocar este argumento.

Finalmente, cumpre acrescentar que em sede jurisprudencial, o Tribunal da Cidadania – Superior Tribunal de Justiça, se posiciona em favor da nulidade do interrogatório por vídeo conferência realizado antes do advento da Lei n. 11.900/09, pautando-se na nulidade formal (ausência de norma regulando o ato procedimental STJ, HC 132.416/SP, 6ª T., Rel. Celso Limongi⁶¹).

⁶¹ HABEAS CORPUS. Interrogatório realizado pelo sistema de videoconferência, em data anterior à vigência da Lei 11.900/2009. Nulidade. Precedente. Anulação Restrita ao ato do interrogatório e do processo a partir das alegações finais, inclusive. Prejudicadas as demais questões suscitadas na impetração. Ordem concedida, de ofício, para determinar o relaxamento da prisão, por excesso de prazo.

CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente ensaio, pode-se chegar a algumas conclusões sobre a defesa no processo penal brasileiro.

Inicialmente ela está sacramentada no ordenamento jurídico através dos dispositivos constitucionais que trazem sua previsão. E por estar inserida no contexto da Magna Carta, o legislador ordinário desde a promulgação do Código de Processo Penal em 1941, desenvolve reformulações no texto procedimental, a fim de respeitar o princípio da defesa.

Nesta diapasão, é que surgem alterações legislativas com enfoque na Constituição da República, afastando quaisquer normas de caráter inquisitório que ainda estejam vivas no ordenamento, pois, fogem aos direitos e garantias fundamentais petrificados no magno texto constitucional.

Diante da necessidade em se manter uma sociedade pós-positivista, intensamente vinculada com os ditames constitucionais, é que o legislador vem aprimorando o interrogatório. Tais reformulações se fazem necessárias em detrimento da relevância procedimental do ato, pois tem-se o interrogatório como um meio processual absolutamente necessário. E assim se comprova, pois sua não realização, de forma injustificada, resvala no bojo da nulidade absoluta do ato.

Dentre as díspares correntes jurídicas sobre a natureza jurídica do interrogatório e suas diversas teses doutrinárias, resta cristalino, ser de maior valia defini-lo meio de prova e de defesa. A presente afirmação é permitida, haja vista, a demonstração da participação do réu no procedimento, enriquecendo o mundo dos autos com os fatos que apenas ele detém sobre a conduta que lhe é imputada, agindo na mesma direção, o magistrado, ao ter essas alegações como objeto capaz de auxiliá-lo na formação de seu convencimento sobre a casuística que está em pauta.

Insta ressaltar, o paralelo existente entre os princípios constitucionais e o direito instrumental, visto que, hodiernamente no Brasil, tem-se o processo penal

constitucional, abarcando os princípios erigidos pela Carta Magna, que devem ser observados durante a apuração de delitos.

Para tanto, a utilidade do processo penal constitucional se reveste para permitir a equidade entre as partes litigantes na seara criminal. Pois, o bem da vida a ser sancionado é a liberdade de locomoção, sendo sua restrição, exceção perante o ordenamento jurídico, e para que ocorra a sanção estatal, é preciso a prevalência do devido processo legal, com todas as garantias previstas ao indivíduo.

Esta necessidade se vislumbra em razão do aparato estatal ao perseguir o crime, pois este, detém profissionais aptos, habilitados e altamente qualificados para desenvolverem sua atividade, visando restabelecer a paz social quebrada pela prática do ilícito penal.

Ademais, abordou-se durante o desenvolver do presente trabalho, as principais características do interrogatório, dentre elas a publicidade, oralidade, individualidade e judicialidade.

Por fim, o presente estudo, pincelou acerca da permissibilidade legislativa para a realização do interrogatório por vídeo conferência e a cisão doutrinária surgida após a *legis*. Tentamos assim, apresentar as várias teses que embalam os diversos argumentos utilizados a favor e contra a realização do interrogatório via vídeo conferência, sem esquecer de dissertar sobre o local do interrogatório nos moldes do artigo 185 e seus parágrafos do Código de Processo Penal.

Eis o presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal brasileiro**, 4.ed., v.I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ANDRADE, Octacílio de Oliveira. **Lições de direito processual penal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

ANDRADE MOREIRA, Rómulo de. **A Reforma no Código de Processo Penal – Procedimentos**. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/uploads/IATd-FsMmFwoxmfsNIBnWA/6DjBm_OpJuAQpfE0L1XKKQ/A_reforma_do_Cdigo_de_Processo_Penal_-_Procedimento_-_RBCCrim.pdf> . Acesso em: 28. abr. 2010.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf> . Acesso em 05. abr. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997-1999.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Processo penal I: dos fundamentos à sentença**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES DA ROSA, Inocêncio. **Processo penal brasileiro, volume 1** - Porto Alegre: Globo, 1941.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 02. maio. 2011.

BRASIL. - Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689.htm>>. Acesso em 20 .abr. 2010.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>> . Acesso em 05. abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 05. abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 10.446/02 - Força Tarefa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10446.htm>. Acesso em 27 de abril de 2010.

BRASIL. Lei 10.792/03 – Altera a Lei n.º 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto –Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.792.htm>>. Acesso em: 27. abril. 2010.

BRASIL. Lei 11.343/06 – Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – Sisnad. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 23. Abril. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.719/08 Altera o Código de Processo Penal, no que diz respeito à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em 20. abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Interrogatório realizado pelo sistema de videoconferência, em data anterior à vigência da Lei 11.900/2009. Nulidade. Precedente. *Habeas Corpus* n.º 132.416/SP. Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ de SP). Brasília, 05 de abril de 2010. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22CELSO+LIMONGI+%28DESEMBARGADOR+CONVOCADO+DO+TJ%2FSP%29%22%29.min.&processo=132416&b=ACOR>. Acesso em 02. maio. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Condenação em três processos. Alegação de Nulidade. Alegação, também, de atipicidade da conduta relativa ao crime do artigo 307 do Código Penal. *Habeas Corpus* n.º 73.161/SP. Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília, 22 de novembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873161%2EENUME%2E+OU+73161%2EACMS%2E%29+%28%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORL%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORV%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2ENORA%2E+OU+%28SYDNEY+SANCHES%29%2EACMS%2E%29%28PRIMEIRA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>> . Acesso em 12. jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Cerceamento de Defesa. Composição da Turma Julgadora. Violação do art. 617 CPP. Presunção de Inocência. Improcedência das Alegações. *Habeas Corpus* n.º 81.964/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 28 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881964%2EENUME%2E+OU+81964%2EACMS%2E%29+%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORV%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORA%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 04. maio. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Crime de Roubo: Consumação. Falsa Identidade. Sequestro.. *Habeas Corpus* n.º 72.377/SP. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 30 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2872377%2EENUME%2E+OU+72377%2EACMS%2E%29+%28%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>> . Acesso em 12. jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Inexistência da nulidade alegada. *Habeas Corpus* n.º 72.638/MT. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, 22 de março de 1996. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2872638%2EENUME%2E+OU+72638%2EACMS%2E%29+%28%28MOREIRA+ALVES%29%2ENORL%2E+OU+%28MOREIRA+ALVES%29%2ENORV%2E+OU+%28MOREIRA+ALVES%29%2ENORA%2E+OU+%28MOREIRA+ALVES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 04. maio. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. *Habeas Corpus* n.º 78.708/SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de abril de 1999. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2878708%2EENUME%2E+OU+78708%2EACMS%2E%29+%28%28SEP%2EDALVEDA+PERTENCE%29%2ENORL%2E+OU+%28SEP%2EDALVEDA+PERTENCE%29%2ENORV%2E+OU+%28SEP%2EDALVEDA+PERTENCE%29%2ENORA%2E+OU+%28SEP%2EDALVEDA+PERTENCE%29%2EACMS%2E%29%28PRIMEIRA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos>>

Acesso em 12. jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Processo Penal. Cerceamento de defesa. Composição da turma julgadora. Violação do art. 617 do CPP. Presunção de inocência. Improcedência das alegações. *Habeas Corpus* n.º 81964/SP. Brasília, 28 de fevereiro de 2003. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881964%2EENUME%2E+OU+81964%2EACMS%2E%29+%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORV%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORA%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 04. maio. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 526. *Habeas Corpus* n.º 90.900/SP. Interrogatório por Video Conferência. Relator. Orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito. Brasília, 30 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo526.htm>> Acesso em 05 de maio de 2011.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q.T. de. **Da prova no processo penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

LAS REFORMAS procesales penales en América Latina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em:
<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf >. Acesso em 05. abr. 2011;

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> . Acesso em: 05. abr. 2011;

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 19. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1992;

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996, v.1;

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

_____. **As nulidades no processo penal.** 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

_____. **As nulidades no processo penal.** 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990;

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo penal:** de acordo com a reforma processual penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010;

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado** – 23 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009;

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** (fundamentos da instrumentalidade garantista). 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. **A Lei nº 11.719/08 e a designação imediata da audiência única de interrogatório e instrução.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11557>> . Acesso em 22. abr. 2010;

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v.4.

_____. **Elementos de direito processual penal.** 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000. 4 v;

_____. **Estudos de direito processual penal.** 2. ed. Campinas: Millennium, 2001;

MARQUES DA SILVA, Ivan Luis. **A Nova e Obrigatória Defesa Preliminar no Rito Comum do Código de Processo Penal – Art.396 – A,** disponível em: <<http://blog.oabperuib.org.br/2008/11/27/a-nova-e-obrigatoria-defesa-preliminar-do-rito-comum-do-codigo-de-processo-penal-%E2%80%93-art-396-a/>> . Acesso 20. abr. 2010;

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Gen, Método, 2008;

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Impactus, 2006;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006-2008;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. 1. v. Campinas: Bookseller, 1998.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1998;

Número máximo de testemunhas no procedimento sumaríssimo, disponível em: <<http://www1.jus.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=13714>> . Acesso em 20. abr. 2010;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

_____. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 5. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008;

PACTO San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/pactoSanJose.pdf>> . Acesso em: 05 abr. 2011;

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998;

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

REFORMAS do processo penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009;

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal: parte geral**. 3.ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2000. Página 63,145/149;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009;

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009;

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado, volume 2** – 13 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010. Página 21/38. C;

_____. **Manual de processo penal**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Processo Penal, volume I** – 31 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. Página 324. A.

_____. **Processo Penal, volume 3** – 31 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. Página 173-174. B.

_____. **Processo Penal, volume 4** – 31 ed.,rev., e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Processo penal completo**: doutrina, formulários, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva, 2001.

WALMER DE FREITAS, Jayme. **PINCELADAS à reforma do CPP**. O art. 394 do CPP em face dos ritos especiais, na Lei nº 11.719/08, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11702>> . Acesso em 22. abr. 2010.

ANEXO I

LEI Nº 10.446, DE 8 DE MAIO DE 2002.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Na forma do inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

I – seqüestro, cárcere privado e extorsão mediante seqüestro (arts. 148 e 159 do Código Penal), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;

II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e

III – relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e

IV – furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação.

Parágrafo único. Atendidos os pressupostos do caput, o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 8 de maio de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO □

Miguel Reale Júnior

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 9.5.2002.

ANEXO II

LEI Nº 10.792, DE 1º DE DEZEMBRO DE 2003.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1o A Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6o A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório." (NR)

"Art. 34.

§ 1o (parágrafo único renumerado)

§ 2o Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios." (NR)

"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1o O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2o Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando." (NR)

"Art. 53.

.....

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado." (NR)

"Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1o A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2o A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias." (NR)

"Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei." (NR)

"Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado."

....." (NR)

"Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar." (NR)

"Art. 70.

I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso;

....." (NR)

"Art. 72.

.....

VI – estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar.

....." (NR)

"Art. 86.

§ 1o A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

.....

§ 3o Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos." (NR)

"Art. 87.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei." (NR)

"Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1o A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2o Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes." (NR)

Art. 2o O Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"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 acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

§ 2o Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor." (NR)

"Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (NR)

"Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1o Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2o Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa." (NR)

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

"Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas." (NR)

"Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam." (NR)

"Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente." (NR)

"Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo." (NR)

"Art. 193 Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete." (NR)

"Art. 194. (revogado)"

"Art. 195. Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo." (NR)

"Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes." (NR)

"Art. 261.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada." (NR)

"Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado." (NR)

Art. 3o Os estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais, aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública.

Art. 4o Os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, rádio-transmissores e outros meios, definidos no art. 60, § 1o, da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 5o Nos termos do disposto no inciso I do art. 24 da Constituição da República, observados os arts. 44 a 60 da Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984, os Estados e o Distrito Federal poderão regulamentar o regime disciplinar diferenciado, em especial para:

I - estabelecer o sistema de rodízio entre os agentes penitenciários que entrem em contato direto com os presos provisórios e condenados;

II - assegurar o sigilo sobre a identidade e demais dados pessoais dos agentes penitenciários lotados nos estabelecimentos penais de segurança máxima;

III - restringir o acesso dos presos provisórios e condenados aos meios de comunicação de informação;

IV - disciplinar o cadastramento e agendamento prévio das entrevistas dos presos provisórios ou condenados com seus advogados, regularmente constituídos nos autos da ação penal ou processo de execução criminal, conforme o caso;

V - elaborar programa de atendimento diferenciado aos presos provisórios e condenados, visando a sua reintegração ao regime comum e recompensando-lhes o bom comportamento durante o período de sanção disciplinar." (NR)

Art. 6o No caso de motim, o Diretor do Estabelecimento Prisional poderá determinar a transferência do preso, comunicando-a ao juiz competente no prazo de até vinte e quatro horas.

Art. 7o A União definirá os padrões mínimos do presídio destinado ao cumprimento de regime disciplinar.

Art. 8o A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

Art. 9o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 Revoga-se o art. 194 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Brasília, 1o de dezembro de 2003; 182o da Independência e 115o da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA □

Márcio Thomaz Bastos

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 2.12.2003.

ANEXO III

LEI Nº 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se o art. 396-A:

“Art. 63.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.” (NR)

“Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II - fiscalizar a execução da lei.” (NR)

“Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.” (NR)

“Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.” (NR)

“Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

I - (revogado);

II - (revogado).

§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.

§ 2º (VETADO)

§ 3º (VETADO)

§ 4º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.” (NR)

“Art. 366. (VETADO)

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).” (NR)

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.” (NR)

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da

infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.” (NR)

“Art. 387.

.....

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

.....

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.” (NR)

“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.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

§ 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código.

§ 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.” (NR)

“Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

“Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.” (NR)

“Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.”

“Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.” (NR)

“Art. 398. (Revogado).” (NR)

“Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” (NR)

“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.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.” (NR)

“Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.

§ 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.” (NR)

“Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.” (NR)

“Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.” (NR)

“Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença.” (NR)

“Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das

informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.” (NR)

“Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, 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 e procedendo-se, finalmente, ao debate.” (NR)

“Art. 532. Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa.” (NR)

“Art. 533. Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).” (NR)

“Art. 534. As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.

§ 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.” (NR)

“Art. 535. Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).” (NR)

“Art. 536. A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 deste Código.” (NR)

“Art. 537. (Revogado).” (NR)

“Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Art. 3º Ficam revogados os arts. 43, 398, 498, 499, 500, 501, 502, 537, 539, 540, 594, os §§ 1º e 2º do art. 366, os §§ 1º a 4º do art. 533, os §§ 1º e 2º do art. 535 e os §§ 1º a 4º do art. 538 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 20 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA □

Tarso Genro

Este texto não substitui o publicado no DOU de 23.6.2008.

