

EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ASSECURATÓRIAS DO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO E AS DISPOSIÇÕES ACERCA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO PROCESSO PENAL

DANIEL DE SÁ RODRIGUES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Efetividades das normas – 3 Normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa – 3.1 Direito à ampla defesa – 3.2 Presunção de inocência – 3.3 Direito ao silêncio – 3.4 Direito à assistência jurídica – 4 O interrogatório do réu no processo penal – 4.1 Natureza jurídica do interrogatório – 4.2 Forma de realização do interrogatório – 4.3 Assistência jurídica ao acusado e o interrogatório – 4.4 O momento do interrogatório e os ritos processuais penais – 4.4.1 Ritos comuns do Código de Processo Penal – 4.4.2 Crimes de responsabilidade de funcionário público – 4.4.3 Juizado Especial Criminal – 4.4.4 Inovações legislativas – 5 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Com o esforço cada vez maior em busca do aperfeiçoamento da democracia e da preservação dos chamados direitos humanos, cresce na mesma proporção a preocupação com a preservação das garantias dos acusados em processos criminais, ao lado dos direitos dos condenados pela prática de delitos.

A este respeito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão já expressamente previa a garantia do direito à ampla defesa, à presunção de inocência e ao silêncio dos acusados em geral (art. XI, nº 1).

Seguindo esse caminho, as constituições e as leis dos Estados Democráticos têm procurado garantir o respeito a tais direitos reconhecidos como fundamentais.

Na esteira desse entendimento, a Constituição Federal do Brasil de 1988, dita *Constituição Cidadã*, inseriu em seu art. 5º, entre os direitos e garantias fundamentais, diversas normas que, expressamente, reconhecem o direito à ampla defesa (inciso LV), à presunção de inocência (inciso LVII), ao silêncio (inciso LXIII) e à assistência jurídica (incisos LXIII e LXXIV).

A par desta enumeração dos direitos fundamentais, o Constituinte de 1988 fez inserir no art. 133 da Carta Magna a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça.

Importa saber, porém, da efetividade dessas normas que se traduzem em garantias constitucionais de aplicabilidade imediata, ou seja, se realmente elas estão sendo observadas nos processos criminais ou se não passam de meros dispositivos de conteúdo ideológico sem maior repercussão na prática forense cotidiana.

No caso específico deste trabalho, pretende-se fazer uma análise de tal situação no tocante ao interrogatório do acusado, abordando-se, entre outros pontos, o momento de realização deste no curso do feito e a oportunidade de entrevistar-se o réu com advogado antes de sua ocorrência.

Tal estudo justifica-se porque não basta, por exemplo, garantir-se ao acusado o direito de silenciar-se em seu interrogatório, é preciso verificar se ele tem efetivamente a condição material de saber quando lhe é benéfico negar-se a responder às indagações do Juiz e quando lhe convém falar, por meio de uma análise dos fatos e das provas já produzidas, inclusive sob uma ótica técnico-jurídica.

De igual forma, não basta presumir o réu inocente se o interrogatório for o momento em que se busca, como que numa cilada, fazer o réu, despreparado, confessar a prática delitiva.

Muito embora, a sociedade, temerosa com o aumento da criminalidade, deseje a punição dos criminosos por meio de repressão cada vez mais severa, é de se ver que o que esta mesma sociedade anseia, no fundo, é a aplicação da Justiça e esta não pode ter-se por plenamente realizada numa luta desigual entre o acusado e o *sistema*, com incontáveis vantagens para este.

Se é certo que aos órgãos que compõem e movimentam a Justiça cabe aplicar a lei ao caso concreto, não se pode aceitar que as normas processuais favoreçam sobremaneira sua atuação em detrimento da liberdade e dos direitos fundamentais do acusado, constitucionalmente garantidos.

2 EFETIVIDADE DAS NORMAS

O processo legislativo compõe-se de vários atos que, percorridos a contento, levam à validade da norma e, com o transcurso do período da chamada *vacatio legis*, torna-se esta vigente, podendo, então, produzir seus efeitos.

Há, porém, que se indagar acerca da efetividade das normas, ou seja, da sua real aplicação, dos efeitos verdadeiramente originados dos comandos normativos.

Não se pode confundir vigência e eficácia formais das normas jurídicas com sua efetividade, com a verificação material da geração de seus resultados. Esta depende não só de sua integração ao sistema jurídico-positivo, mas também de fatores metajurídicos, sobretudo aspectos fáticos, que irão determi-

nar se a *mens legis* está sendo realmente alcançada.

A esta segunda face da eficácia de uma norma pode dar-se o nome de eficácia social, ou seja, a verificação no mundo dos fatos não só da possibilidade de produção de resultados por uma norma jurídica, mas também de sua efetiva verificação, extrapolando-se os limites do formalmente ideal para atingir-se o campo do empiricamente observado.

A respeito deste tema, bem se posicionou Barroso (2001, p. 84-85) ao tratar da efetividade das normas constitucionais:

Cabe distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (Anerkennung) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos, deixou de lado a cogitação de saber se estes efeitos efetivamente se produzem.

[...]

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo ‘o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.’

É, então, de se diferenciar a eficácia das normas sob seu aspecto formal, que está ligada à idéia de sua validade e vigência, da noção de efetividade da mesma, que se prende à geração dos efeitos por ela pretendidos no mundo dos fatos.

Essa efetividade social das normas há de ser verificada também entre os personagens, órgãos, entidades e Poderes incumbidos de aplicá-las. É preciso averiguar se todas as normas componentes do ordenamento jurídico-positivo estão sendo observadas e aplicadas, principalmente, no tocante às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e as de conteúdo principiológico da Constituição Federal.

Nunca é demais ser dito que, nos exatos termos do disposto no § 1º do art. 5º da Lei Maior, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” A efetividade de tais normas dependerá, então, de sua integração às normas postas, impondo-se, inclusive, se for o caso, uma nova interpretação das mesmas, integrando-se realmente o sistema.

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS ASSECURATÓRIAS DO DIREITO DE DEFESA

Dispostos a estabelecerem uma nova ordem social a partir de um texto político abrangente e garantidor das liberdades e dos direitos individuais e sociais, os Constituintes de 1988 fizeram inserir no texto constitucional uma série de normas, algumas delas erigidas à categoria de cláusulas pétreas, definidoras de uma estrutura jurídico-positiva essencialmente democrática.

Nesse campo encontram-se as normas assecuratórias Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I do Título II), Dos Direitos Sociais e Políticos (Capítulos II e IV do Título II), Da Tributação e do Orçamento (Título VI), Da Ordem Econômica e Financeira (Título VII) e Da Ordem Social (Título VIII), entre outras.

Interessam-nos em particular as normas garantidoras do direito à defesa, ao silêncio, à presunção de inocência e à assistência jurídica aos necessitados, insertas nos incisos LV, LVII, LXIII e LXXIV do art. 5º (Capítulo I do Título II), além das normas relativas à indispensabilidade do advogado na administração da justiça (arts. 133 e 134 da CF/88).

Na verdade, todas essas normas, postas separadamente em dispositivos constitucionais, compõem o sistema de garantias defensivas dos acusados em geral, sendo possível, até mesmo, incluí-las, todas, na garantia à ampla defesa, já que a esta se prendem, complementando-a e instrumentalizando-a.

Passemos, apesar disso, a analisá-las, uma a uma, embora sucintamente.

3.1 Direito à ampla defesa

Segundo dispõe o inciso LV do art. 5º “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;”.

Ao lado dos direitos ao devido processo legal, insculpido no inciso LIV, e do acesso ao judiciário, inciso XXXV, o direito à ampla defesa compõe a base do sistema de garantias constitucionais relativas ao processo penal, complementado pelas normas relativas à presunção de inocência e ao direito ao silêncio.

É a ampla defesa, aliada ao contraditório, que possibilita a igualdade dos acusados no processo criminal frente ao aparato estatal-repressor. A inegável supremacia deste sobre o réu nos processos criminais, representada por toda a estrutura pública posta à disposição da repressão criminal, impõe seja assegurada a este último a amplitude da defesa, sob pena de oficializar-se o desequilíbrio entre as partes litigantes.¹

Onde não há segurança quanto à amplitude de tal direito de defesa, impera a arbitrariedade e, conseqüentemente, a injustiça, o que se verifica nos regimes totalitários, anti-democráticos, em que o Estado *tudo pode* em detrimento do cidadão que *a tudo assiste calado*.

Por fim, Moraes (2001, p. 118), ao tratar do tema, assim definiu a ampla defesa e o contraditório:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

¹ É de se pensar, aqui, em aspectos teóricos, partindo-se das normas legais e do idealmente imaginado. Resta evidente que, em alguns casos, em determinados locais não raros, a organização do crime mostra-se infinitamente superior à estrutura de repressão do Estado, que é uma deturpação do sistema que não há de ser levada em conta para a presente análise.

3.2 Presunção de inocência

Decorrente do direito à ampla defesa, a presunção de inocência, positivada como garantia no inciso LVII do art. 5º do Texto Constitucional, vem instrumentalizá-lo, uma vez que impede a formação de presunções prejudiciais ao réu e conseqüentes julgamentos fundados nelas, impondo-se o reconhecimento da inocência dos acusados até o final do procedimento apuratório criminal com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Destarte, ainda que haja fortíssimas evidências, não será possível imputar-se ao réu a pecha de culpado antes de decisão final do processo criminal a que é submetido.

Com tal norma evidencia-se que o ônus da prova cabe ao responsável pela acusação, que deverá provar ser o réu culpado e não o réu demonstrar sua inocência, que há de ser presumida até decisão final.

Vale ser dito a esse respeito que a imprensa, apoiada em sua garantia de liberdade e ávida por divulgar fatos que despertem a atenção da população, sistematicamente vem agindo de modo contrário a esta presunção (que não deve haver apenas no campo do procedimento judicial), ao divulgar fatos relativos a crimes, sobretudo desvios de verbas públicas, escândalos pessoais etc. ao indicar alto grau de certeza nas informações, ao transformar pessoas (das mais simples às mais importantes autoridades nacionais), meros investigados, em verdadeiros culpados, sem, nem mesmo, em muitos casos, oportunizar-lhes explicação acerca das notícias veiculadas.

Assevere-se que, divulgadas as notícias, passado o momento de importância das mesmas para a mídia, nacional ou internacional, pouco se importa o jornalista com o desfecho dos processos criminais instaurados (o que, aliás, nem sempre ocorre), restando ao *condenado pela imprensa*, se absolvido pelo órgão próprio e competente para julgá-lo, o Poder Judiciário, recorrer novamente a este para tentar minorar as conseqüências danosas daquela divulgação, mediante direitos de resposta, indenizações etc.²

3.3 Direito ao silêncio

Completando as normas assecuratórias da amplitude defensiva dos acusados em processos criminais, dispõe o inciso LXIII do art. 5º que “o preso será ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”.

Com tal garantia, completa-se a positivação constitucional do dispos-

² O que nunca será possível em sua totalidade, dada a impossibilidade de desdizer-se todas as palavras *lançadas ao vento*.

to no art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem que prevê que “Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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.”

É evidente o conteúdo de garantia defensiva de tal dispositivo legal, integrando e aperfeiçoando o sistema constitucional a esse respeito. Somente assegurando-se o direito do acusado, presumivelmente inocente, de não se manifestar sobre a acusação que lhe é feita, pode-se garantir ele mesmo a plenitude da defesa.

Tal norma, embora o texto constitucional refira-se ao *preso*, tem aplicabilidade a todos os acusados em processo criminal e, ainda, aos indiciados em inquérito policial, assegurando-se-lhes o direito de deixar que seja deduzida a acusação e que o acusador demonstre a veracidade desta sem o seu auxílio.

Partindo-se dessa garantia, firmou-se o entendimento de não estar o réu obrigado a fazer prova contra si em processo criminal, qualquer que seja a sua natureza, explicitando, mais uma vez, a questão relativa ao ônus da prova no processo penal.

3.4 Direito à assistência jurídica

A par de ser incluída entre os direitos do preso (inclua-se aqui também os acusados em geral), no inciso LXIII, a assistência jurídica fora garantida, de forma gratuita e integral, prestada pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos, no inciso LXXIV.

Embora não se destine apenas aos acusados em processo criminal, a assistência jurídica estatal tem importante papel quanto ao asseguramento do direito de defesa desses, pois, mesmo não dispondo de recursos suficientes, terão a certeza de poder contar com profissional habilitado a produzir sua defesa de forma técnica e eficaz.

Ocorre que, na maioria das vezes, a população não tem acesso às normas legais garantidoras de seus direitos e neste cenário incluem-se, até com certa freqüência, os acusados em processos criminais.³ Muitos destes, ainda que tenham conhecimento sobre os direitos à ampla defesa, à presunção de inocência e ao silêncio, não têm a noção exata dos limites destes, nem de como utilizá-los em seu próprio benefício.

É, então, neste ponto, que as normas garantidoras de tais direitos de-

³ Mais uma vez deve-se abstrair das hipóteses dos integrantes de facções do crime organizado, voltando a análise àqueles criminosos que agem desprovidos de uma estrutura de suporte, encontrando-se, então, no início, em nítida posição de inferioridade processual.

vem ser integradas à garantia da assistência jurídica e à indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, sendo instrumentalizadas por estas.

O conhecimento técnico das normas legais e dos desdobramentos do processo que detém o profissional do Direito, no caso, o advogado, torna-se imprescindível para a efetivação de todos os direitos inerentes à dignidade humana do réu. O conhecimento leigo, na quase totalidade dos casos, não é suficiente para tanto. Há de se ter em mente a situação de desigualdade em que se encontra o acusado sem orientação, uma vez que, detendo, quando muito, o conhecimento popular acerca das normas legais, tem do outro lado, responsável por deduzir a acusação, se for o caso, um membro do Ministério Público, bacharel em ciências jurídicas, capacitado e avaliado por meio de rígido concurso público para ingresso na carreira e, ainda, a julgá-lo, um magistrado, com a mesma formação profissional do *acusador* e que, então, irá apreciar os fatos de acordo com o seu conhecimento técnico.

Como, então, falar-se em verdadeira igualdade se, de fato, pode-se visualizar a luta dos *sábios* contra o *comum*. Somente oportunizando-se a este último a assistência de um profissional com a mesma formação daqueles é que poderemos ter a balança do julgamento mais equilibrada.

Tal assistência, à luz do disposto no art. 133 da Carta Magna, há de ser prestada por advogado, regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, sendo-lhe garantida a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, possibilitando-lhe exercer com amplitude a defesa de seu assistido.

Acrescente-se, por fim, o contorno constitucional dado à Defensoria Pública pelo art. 134, erigindo-a à categoria de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a assistência jurídica disposta no art. 5º, LXXIV, da CF/88.

Lapida-se, com isso, então, o sistema de garantias dos acusados no processo penal, por meio de normas de hierarquia constitucional a serem observadas por todos e em todos os procedimentos, sob pena de tornarem-se *letra morta*.

4 O INTERROGATÓRIO DO RÉU NO PROCESSO PENAL

Feitas as exposições acima acerca dos direitos e garantias fundamentais que compõem o sistema constitucional de garantia do direito de defesa do acusado no processo penal, impõe-se agora fazer uma abordagem do interrogatório no processo penal e da posição do réu, diante das normas que lhe garantem a ampla defesa, a presunção de inocência, o direito ao silêncio e à assistência jurídica.

Será que as normas garantidoras de direitos fundamentais dos acusados estão, efetivamente, sendo verificadas no curso do processo criminal, especialmente no interrogatório do réu, na forma como este ato é previsto e como é realizado, ou há, apenas, um arremedo de observância e uma eficácia apenas formal de tais garantias?

Terá o réu, efetivamente, o direito de ficar calado, tendo condições de utilizar-se dele quando lhe for mais favorável ou será essa norma apenas uma garantia formal que não atinge a grande maioria dos acusados? Poder-se-á falar em ampla defesa, quando o acusado não tiver tido, sequer, a possibilidade material de entrevistar-se com seu defensor antes de ser interrogado? No interrogatório, estaria sendo considerada a presunção de inocência do réu ou seria apenas uma *armadilha* na busca de uma confissão que jogue por terra grande parte de sua chance de defesa?

4.1 Natureza jurídica do interrogatório

De início, há de se definir qual a natureza jurídica do interrogatório judicial do acusado. Seria ele um meio de prova ou de defesa?

Essa questão liga-se diretamente à efetividade das normas assecuratórias do direito de defesa do acusado no processo penal, havendo enorme diferença a caracterização do interrogatório como meio de prova ou ato de defesa.

Para muitos, entre os quais Marques (1997, v. 2, p. 296), o interrogatório constitui meio de prova. Essa caracterização parte, inicialmente, de sua disposição no capítulo das provas do Código de Processo Penal – CPP, aliada ao fato de ser ato em que são feitas perguntas, ainda que diretamente ao acusado, a respeito dos fatos em apuração no feito.

Nestes casos, o interrogatório é encarado como *depoimento pessoal* do réu em que, na verdade, busca-se obter do mesmo a confissão da prática delitiva:

Consiste o interrogatório em declarações do réu resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do fato delituoso que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a esse fato.

Embora o réu preste esse “depoimento pessoal” com toda a liberdade, não deixa ele, de ser um meio de provocar a confissão do delito (MARQUES, 1997, v. 2, p. 297).

Tal entendimento, muito embora seduza pela força da argumentação e

brilhanismo do defensor, reflete a interferência da ideologia da época em que fora editado o Código de Processo Penal (década de 40), sendo de se questionar sua aplicabilidade nos nossos dias.

Se é certo que o interrogatório traduz-se no momento processual em que se possibilita ao réu falar sobre a acusação que pesa contra si, não menos certo é que deve ser o mesmo praticado de forma a não lhe prejudicar a liberdade e a defesa.

A própria garantia constitucional do direito ao silêncio serve de base para se afastar do interrogatório a natureza jurídica de meio de prova, eis que, caso realmente assim o fosse, tendo em vista a natureza pública das normas que regem o processo penal e o princípio da busca da verdade real a ele imanente, como explicar-se a possibilidade do réu impedir a produção probatória por meio de seu silêncio?

Acrescente-se a isso a inexistência de contraditório no ato do interrogatório, impossibilitando a formulação de perguntas por parte do Ministério Público ou da defesa, ainda que presentes ao ato, restando-lhes a mera fiscalização da observância das formalidades legais, sobretudo, no tocante às garantias do réu.

Vale ser dito que o simples fato de estar o interrogatório inserido no capítulo atinente às provas no processo penal não serve de suporte a caracterizá-lo como meio de prova, pois, para tanto, é necessária a análise das características do ato, já que a natureza jurídica infere-se da essência do ato ou da norma e não de aspectos meramente formais dos mesmos. Caso contrário, na hipótese de as chamadas *emendas Frankstein*, em que se inserem dispositivos isolados em textos legais a serem aprovados, tratarem-se de matéria diversa da que se pretende o projeto (tão comum nas Assembleias Legislativas Estaduais), elas teriam a mesma natureza do projeto principal, mesmo que, por exemplo, versassem sobre norma de direito administrativo, inserido em texto de norma tributária.

De outra banda, encontram-se os defensores da tese segundo a qual o interrogatório, a despeito de sua posição topográfica, incluído no capítulo das provas, é, na verdade, meio de defesa, entre os quais Tourinho Filho (1995, v. 3, p. 239).

Tal tese prende-se à essência do interrogatório, entendendo que esse ato destina-se a oportunizar ao acusado a manifestação, se assim o quiser, acerca dos fatos deduzidos na acusação, negando-os ou informando situação que indique a existência de alguma exculpante ou causa de diminuição da pena etc.

Revedo posicionamento anterior quanto a ser o interrogatório meio de prova, assevera Tourinho Filho (1995, v. 3, p. 240):

Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Meditando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, LXIII, reconheceu o direito ao silêncio –, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa. Embora o Juiz possa formular ao acusado uma série de perguntas que lhe parecerem oportunas e úteis, transformando o ato numa oportunidade para a obtenção de provas, o certo é que a Constituição de 1988 consagrou o direito ao silêncio. O réu não é obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas. [...]

Assim, se o acusado pode calar-se, ficando o Juiz obrigado a respeitar-lhe o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova. Por outro lado, não estando ele obrigado a acusar a si próprio, “não tem nenhuma obrigação nem dever de fornecer elementos de prova.” Pode o Magistrado, eventualmente, ser informado de determinadas circunstâncias que poderão auxiliá-lo na solução do caso. Mas, tal como afirmado na doutrina, se o réu tem o direito ao silêncio, o interrogatório não pode ser considerado meio de prova; do contrário, o réu seria obrigado a responder. [...]

O Estatuto Processual Penal atualmente em vigor em nosso país fora editado sob forte influência da idéia de prevalência dos interesses repressivos do Estado sobre os interesses individuais fundamentais.

Hoje, há uma preocupação cada vez mais freqüente com a garantia das liberdades individuais, sendo crescentes os movimentos em prol da defesa dos direitos humanos, sobretudo dos acusados e dos condenados.

A Constituição da República de 1988 fora editada sob forte inspiração democrática tendo entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e entre os objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º e 2º), primando pela preservação de garantias individuais, entre as quais o direito à ampla defesa e seus desdobramentos, como acima explicitado.

Não se mostra possível, diante desse novo contexto da ordem constitucional, aceitar o interrogatório como meio de prova, ainda mais com a finalidade de buscar-se a confissão delitiva, como posto anteriormente.

Galarza (2000, p. 20) faz um paralelo entre o interrogatório do réu no

processo penal e no processo civil (neste caso, chamado depoimento pessoal), para demonstrar a impossibilidade de caracterizar-se o interrogatório como meio de prova:

Ao observarmos com atenção o Processo Civil, constatamos que o interrogatório do réu é meio de prova do autor. O autor, na inicial, requer como prova de seu direito o depoimento pessoal do réu, sob pena de confissão, eis que no Processo Civil existe a confissão ficta. Além disso, há, no Processo Civil, o instituto do ônus da prova, ou seja, quem tem o dever de provar, se não o faz, pode ter o seu direito material indeferido, dentro, é claro, do princípio da comunhão das provas. Além do mais, o interrogatório, no civil, tem o objetivo de obter a confissão do réu.

Parece-nos assim, que a tese que o interrogatório do réu é meio de prova, seria o instituto do interrogatório do réu, no Processo Civil, transportado para o processo penal, de forma indevida, eis que, em primeiro lugar, tratando-se de direito de liberdade, encontramos na seara do direito indisponível. Em segundo lugar, no processo penal não há confissão ficta e por fim, contestamos, inclusive, a questão do ônus da prova, em matéria processual penal, nos moldes em que é proposta no juízo cível.

Nada obsta, porém, que, a par de ser meio de defesa, sirva o interrogatório para a elucidação dos fatos, fornecendo elementos de prova. O que não se há de admitir é a sua caracterização como meio de prova, o que faria jogar por terra as garantias do acusado, subvertendo a ordem jurídica maior, impondo-se, ainda, a necessidade de reconhecimento da necessidade de respeito ao contraditório durante sua realização.

Assim, será o interrogatório eventual fonte de prova, a partir do momento em que se admite possa o julgador utilizar-se do mesmo para sua convicção, podendo surgir do ato, até mesmo, algum fato desfavorável ao réu.

Esse entendimento é exposto, entre outros, por Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1999, p. 79):

É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório –, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta

da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*.

E mais: o acusado, sujeito de defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade de o acusado não responder. A autoridade estatal não pode dispor dele, mas deve respeitar sua liberdade no sentido de defender-se com entender melhor, falando ou calando-se. O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado.

Mais acertado nos parece, então, atribuir-se ao interrogatório a natureza jurídica de meio de defesa, estando esta mais em consonância com a nova ordem constitucional e com as garantias a serem asseguradas ao acusado, admitindo-se, apenas eventualmente, que se o considere como fonte de prova, a depender, neste caso, do posicionamento do réu e do valor a ser conferido às afirmações que, porventura, venha a fazer.

4.2 Forma de realização do interrogatório

O Código de Processo Penal-CPP reservou o Capítulo III do Título VII do Livro I para tratar do interrogatório do acusado, estabelecendo as normas a serem seguidas quando for realizado o ato, as quais são aplicáveis, não só aos procedimentos previstos no estatuto processual penal, como a todos os outros de natureza criminal, ainda que dispostos em legislação especial, salvo se esta expressamente dispuser de modo contrário.

Da análise desses dispositivos, pode-se dividir o interrogatório do réu no processo penal em duas fases distintas: o chamado interrogatório de identificação e o de mérito.

Por meio do interrogatório de identificação, o juiz procura inteirar-se da identidade da pessoa contra quem foi proposta a ação e daquela que está ali presente para ser interrogada. Pergunta-se, então, sobre o nome, naturalidade, estado civil, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce sua atividade e, por fim, se sabe ler e escrever.

Com tais perguntas, além de certificar-se da identidade do acusado e do interrogando, poderá o juiz suprir deficiências de qualificações indiretas,

além de obter os dados necessários para preenchimento do boletim individual a ser remetido ao Instituto de Identificação e Estatística (art. 809 do CPP).

Ultrapassada essa fase, o juiz passará a interrogar o acusado sobre o mérito da acusação, após cientificá-lo da acusação que pesa contra si. Perguntará o juiz ao réu, então, entre outras, se teve notícia da prática da infração imputada ao mesmo e onde estava quando esta aconteceu; se conhece as provas apuradas contra ele, bem como a vítima, se houver, e as testemunhas arroladas e, em caso positivo, nessa última hipótese, desde quando e se tem algo a alegar contra elas; se é verdadeira a imputação que lhe é feita e, afirmando o réu não ser, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa a quem deva ser a mesma atribuída, de forma especificada; sobre sua vida pregressa, especialmente, se já foi preso ou processado e, nesse último caso, qual a pena que lhe fora imposta e se a cumpriu. Deverá o juiz, ainda, indagar do réu sobre quaisquer outros fatos e circunstâncias que considere interessantes para a elucidação dos fatos.

Antes de terminado o ato, o juiz dará ao acusado a oportunidade de indicar as provas que, desde já, entenda serem importantes para sua defesa.

Quanto à forma de realização do interrogatório, reveste-se de particular interesse a análise e interpretação das normas dos arts. 186 e 191 do CPP que tratam, especificamente, do silêncio do réu no interrogatório.

Tais normas assim dispõem:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Art. 191. Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.

Embora permaneçam formalmente em vigor, tais dispositivos, inequivelmente, não foram recepcionados pela nova Carta Constitucional de 1988 e representam indiscutível afronta ao direito, ao silêncio e à presunção de inocência, assegurados no art. 5º, LXIII e LVII.

Como seria possível conciliar-se o direito ao silêncio e à presunção de inocência com a possibilidade de ser aquele interpretado em prejuízo da defesa do acusado (que estaria exercendo um direito seu), criando presunção negativa

contra o mesmo?

É bem verdade que, em algumas situações, permanecendo em silêncio, prejudicará o réu sua defesa por abdicar da possibilidade de expor sua versão dos fatos ou afirmar a ocorrência de situações que poderiam melhorar sua situação nos autos. Mas isso há de acontecer de forma direta e explícita, não por meio de presunções ou interpretações negativas.

Assim, ciente o réu de que fora outro o autor do delito a ele imputado, deixando de informar isto ao juiz no interrogatório, poderá prejudicar visceralmente sua defesa, impedindo que a real autoria *venha à tona*, possibilitando, sua eventual condenação. No entanto, isso somente poderá ocorrer se as demais provas dos autos a ela conduzirem e, nunca, por presumir-se que *se inocente teria falado e, não o tendo feito, há de ser culpado*.

A esse respeito, ensina Mazzilli (1999, p. 264-265):

É verdade que o silêncio do réu, quando interrogado no inquérito policial ou até mesmo no processo penal, não lhe pode causar prejuízo jurídico (não importa confissão ficta, por exemplo, já que indisponíveis os interesses sobre os quais se controverte, como a liberdade das pessoas); entretanto, não se pode desconsiderar que, embora exercendo o direito ao silêncio, o réu está deixando de dar voluntariamente um adminículo probatório favorável à sua própria versão, o que pode de fato prejudicar sua defesa. [...] ao preferir sobrepor seu direito ao silêncio à atitude natural daquele que clama pela própria inocência, o réu deixa de produzir prova a seu favor – pois o interrogatório é meio de prova – e contribui, destarte, com um adminículo desfavorável à própria defesa. Não sob o aspecto positivo, pois o silêncio não prova contra o réu, mas sob o aspecto negativo, por ter deixado passar uma oportunidade de contar sua versão de inocência e concorrer para a busca da verdade real, escopo final do processo criminal.

Assim, qualquer prejuízo à defesa, eventualmente advindo do silêncio do réu, somente pode ser admitido se decorrer de sua desistência à produção de prova e não de qualquer forma de presunção em seu desfavor, não podendo o silêncio do réu servir de elemento de convicção do magistrado ao sentenciar.

É pacífico, atualmente, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o magistrado, no interrogatório, deverá cientificar o réu de seu direito de permanecer em silêncio sem menção à advertência do final do art. 186 do CPP e,

caso o mesmo pretenda fazer uso dele, não deverá ser aplicada a norma do art. 191 do mesmo código.

Da mesma forma, não poderá o magistrado, no julgamento final, fundamentar sua decisão no silêncio do réu, prejudicando-o em virtude disso, concluindo por sua responsabilização ou fazendo qualquer forma de presunção a partir da negativa de resposta a qualquer pergunta formulada.

Do contrário, teríamos apenas um arremedo de direito ao silêncio e de garantia à presunção de inocência.

A título de ilustração, valem ser destacados alguns entendimentos de nossos Tribunais a esse respeito:

ESTELIONATO – DEFENSOR DATIVO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE – VOTO VENCIDO – INTERROGATÓRIO – ART. 5º, LXIII, DA CF – PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – [...] Não tendo sido recepcionada pela CF a parte final do art. 186 do CPP deve-se garantir ao réu o direito ao silêncio, sem restrições, em obediência aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. (TAMG – Ap nº 0244565-8 – 1ª C.Crim. – Relª Juíza Jane Silva – J. 29.04.1998) (RJTAMG 71/405). (MINAS GERAIS, 1999).

CRIME CULPOSO – ACIDENTE DE TRÂNSITO. PROVA. INTERROGATÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 5º, LXIII, DA CF. CONCURSO FORMAL. PENA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EFEITOS – [...] Não se admite como prova o interrogatório em que o acusado foi previamente advertido de que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa, pois o art. 186, parte final, do CPP, foi revogado pelo art. 5º, LXIII, da CF, que consagra o exercício ilimitado do direito ao silêncio. [...]. (TAMG – ACr nº 235.390-2 – 1ª C. – Relª. Juíza Jane Silva – DJMG 07.11.1997). (MINAS GERAIS, 1997).

INTERROGATÓRIO JUDICIAL – Réu que permanece calado. Direito que não se destina exclusivamente ao interrogatório policial. Advertência final inscrita no art. 186 do CPP, sem mais valia. Inteligência do art. 5º, LXIII e LVII, da CF – Não parece correta a afirmação de que a regra contida no art. 5º, LXIII, da CF se desti-

nasse exclusivamente ao interrogatório policial. É verdade que esse inciso está entre aqueles que tratam da prisão efetuada pela autoridade policial em flagrante, disciplinando a conduta a ser tomada por aquela autoridade. No entanto, não há menor dúvida de que também no interrogatório perante o Juízo o réu terá o direito de permanecer calado, não mais valendo a advertência final inscrita no art. 186 do CPP, no sentido de que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. E tanto mais deve ser assim quando se verifica o contido no nº LVII do mesmo artigo. Conclui-se com a conjugação desses dois incisos que não mais prevalece aquela advertência final, pois não será lícito ao juiz considerar culpado o réu simplesmente porque permaneceu silente. À acusação é que cumpre produzir a prova de culpabilidade lato sensu do acusado. (TJSP – ACR. nº 149.145-3/0 – 4ª C – Rel. Des. Celso Limongi – J. 14.07.1995) (02 709/312). (SÃO PAULO, 1994).

Vê-se, então, que, nesse particular, as normas assecuratórias do direito de defesa do acusado (direito ao silêncio e à presunção de inocência) têm efetividade material, estando sendo realmente observadas, sendo nula qualquer decisão que, amparada em tais dispositivos legais, venha a prejudicar o réu no julgamento final, afastando-se a incidência de tais normas de nítido conteúdo repressivo e anti-democrático.

4.3 Assistência jurídica ao acusado e o interrogatório

De grande relevância é a análise da efetividade da norma garantidora da assistência jurídica ao acusado insculpida no art. 5º, LXIII e LXXIV, da CF/88 durante o interrogatório.

Como visto acima, no item 4.1, o interrogatório, embora possa ser considerado como eventual fonte de prova, tem a natureza jurídica de ato de defesa. Para que se possa ter preservada a ampla defesa por meio de *assessoramento técnico*, de modo a equilibrar a balança entre acusação e defesa,⁴ é de se concluir seja necessária a participação efetiva do advogado (profissional legalmente habilitado a prestar tal assessoramento) no ato.

Conforme entendimento dominante acerca da norma do art. 187 do CPP, no interrogatório não há o contraditório, não se mostrando possível, en-

⁴ Como colocado no item 3.4, relativo ao direito à assistência jurídica.

tão, que o advogado ou defensor faça perguntas ao réu ou formule-as para que sejam feitas pelo magistrado. De igual maneira, não se admite a participação quanto a isso ao membro do Ministério Público. Limita-se, então, a presença de tais profissionais ao ato à fiscalização das normas procedimentais, das garantias constitucionais e processuais do acusado ou, ainda, para, simplesmente, acompanhar seu depoimento, formando convencimento por meio de caracteres secundários ao mesmo (feição, firmeza ao depor, etc.).

Resta, então, verificar se esta mera presença do defensor no momento da realização do interrogatório é suficiente para dar efetividade à norma que assegura seu direito à assistência jurídica e, porque não, à ampla defesa em seu sentido lato. Essa verificação tem importância, uma vez que, desassessorado, pode o acusado, naquele único instante em que lhe é possibilitado falar oficialmente sobre os fatos, jogar por terra toda sua possibilidade de defesa, inviabilizando-a e, até mesmo, facilitando sobremaneira a acusação que, às vezes, nem está servida de *boas provas*.

A simples menção no mandado de citação de resumo da denúncia ou queixa ou o envio de cópias e a indicação de que a presença em juízo é determinada para fins de ser interrogado como réu em processo criminal é suficiente para indicar que o acusado deve procurar um advogado?

Inicialmente, não se analisa as condições daqueles que geralmente encontram-se na posição de réus no processo penal. Trata-se, em sua grande maioria, de pessoas pobres, desprovidas de um mínimo de conhecimento, ainda que leigo, das normas legais e processuais, crentes, quase sempre, na possibilidade de produzirem sua própria defesa perante o juiz, sobretudo pela influência nesse sentido produzida por filmes e programas televisivos *importados*, sem ligação mais próxima com a nossa realidade.

Nesse cenário, dificilmente os acusados comparecem em juízo, acompanhados de advogados ou, mesmo sem eles, após terem se orientado com tal profissional.

A situação agrava-se, ainda mais, quando se vê nos mandados de citação que é facultado ao réu fazer-se acompanhar por advogado e que, não dispondo o réu de condições de contratar um, ser-lhe-á nomeado defensor público ou dativo. Confiantes em tal observação, a quase totalidade dos réus comparece em juízo para ser interrogado só, esperando que lhe seja nomeado o defensor.

Postas essas questões iniciais, façamos, então, uma análise do que geralmente ocorre nesse momento nos processos criminais, obviamente, a partir da situação desses acusados que comparecem sem advogado, já que os demais se encontram devidamente assistidos, não havendo que se questionar acerca da garantia a eles de seu direito constitucional.

Comparecendo o réu desacompanhado, o juiz inicia imediatamente o interrogatório, por meio das perguntas ligadas à sua qualificação (interrogatório de identificação) e, após, das perguntas que se prendem aos fatos (interrogatório de mérito). Terminada a inquirição, pergunta o magistrado ao acusado se o mesmo já dispõe de advogado ou se tem condições de contratar um e, respondendo negativamente às duas, nomeia-lhe defensor.

Mas onde está esse defensor? A presença do defensor no ato é exigida? A sua ausência implica o adiamento do ato?

Contrariando todas as normas constitucionais garantidoras da ampla defesa e da assistência jurídica e, até mesmo o bom senso, o que se vê é que os interrogatórios, via de regra, realizam-se sem a presença do defensor a ser nomeado no ato. Muitas vezes, nem mesmo o advogado constituído previamente (de que se pode ter conhecimento pelos pedidos de fiança, liberdade provisória, *habeas corpus* etc.) é notificado para o ato. Seguindo a posição de membros do Ministério Público que não comparecem ao interrogatório por não lhes ser possível a formulação de perguntas, limitando-se a ter conhecimento *a posteriori* das afirmações do réu, os defensores e até advogados constituídos sistematicamente não comparecem ao ato.

Com essa primeira análise, já se pode perceber que, nesse particular, as normas constitucionais não têm efetividade, resultando, de fato, em meras proposições ideais sem qualquer aplicação na prática.

É certo que, dada a inexistência de contraditório no interrogatório, essa presença serviria apenas para a fiscalização da observância das formalidades legais. Mas não seria, no mínimo, temerária a abdicação dessa possibilidade? Não se estaria aí permitindo que acusados pudessem confessar delitos ou deixar de servir-se de direitos (ao silêncio, por exemplo), por estarem sozinhos frente ao magistrado ou até mesmo induzidos por ele?⁵ Se a ausência do promotor de Justiça é grave porque a ele cabe, não simplesmente a acusação, mas em todos os momentos a fiscalização do fiel cumprimento das normas legais, sobretudo quanto às garantias dos acusados, o que dizer do defensor ou advogado?!

Vê-se, ainda, que essa prática de nomeação do defensor ao final do ato representa errônea interpretação e aplicação da norma do art. 263 do CPP que determina que, não tendo o réu defensor, seja-lhe nomeado um pelo juiz, ressaltando o direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança ou produzir sua própria defesa, se habilitado legalmente.

Ora, se a Constituição da República inseriu entre as garantias indivi-

⁵ Não há aqui qualquer crítica à magistratura ou a seus membros, apenas uma suposição para se ressaltar a importância de algo que vem sistemática e inexplicavelmente sendo esquecido: a presença do advogado ou defensor durante o interrogatório do réu.

duais do cidadão o direito à assistência jurídica, é evidente que esta não terá efetividade se a nomeação a que alude o art. 263 do CPP não ocorrer antes de iniciado o interrogatório, ao menos no que se refere ao interrogatório de mérito.

Marques (1997, v. 2, p. 299-300), ao tratar do art. 263 do CPP, embora defenda que a finalidade do interrogatório seja a obtenção da confissão do réu, beneficiando-se o inocente e criando *embaraços* para o culpado, afirma sobre a necessidade de, na falta de defensor do réu, o juiz nomear “[...] pelo menos um patrono *ad hoc* para assistir à realização do interrogatório.”

A discrepância é ainda maior quando se observa o que ocorre quanto ao réu preso que, simplesmente, vê-se requisitado para a audiência de interrogatório, mediante ofício dirigido ao responsável por sua custódia, sendo, na maioria das vezes cientificado do teor da acusação deduzida contra si apenas momentos antes de iniciada a inquirição meritória, até mesmo depois de fornecer sua qualificação.

Entendendo não ser precisa a citação por mandado do réu preso quando requisitado, Mazzilli (1999, p. 261-263) assevera ser necessário que, em qualquer caso, informe-se ao mesmo sobre a acusação contra si deduzida, para que possa exercer a ampla defesa a que tem direito. No entanto, com todo respeito, equivoca-se ao dizer bastar que essa cientificação seja feita em audiência antes do início do interrogatório, sendo apenas *proveitoso* que, a título de cautela, ao réu que compareça ao ato e não tenha sido citado por mandado (preso ou não, requisitado ou não), seja dada cópia da denúncia, antes do oferecimento da defesa prévia.

Essas orientações traduzem-se em verdadeiras afrontas às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, uma vez que, praticamente negando-lhe a assistência jurídica, coloca-o em posição de grande desvantagem processual, culminando, muitas vezes, em confissões que acabam por destruir todas as suas chances de êxito na ação criminal.

Verifica-se, então, que a garantia à assistência jurídica é meramente formal, sendo, portanto, inefetiva.

De nada serve garantir-se ao acusado o direito de ser defendido por profissional habilitado se ele somente pode começar a atuar após o interrogatório, quando o réu já terá se manifestado sobre os fatos contra ele deduzidos, sem qualquer orientação técnica.

Sendo o interrogatório meio de defesa, é imperioso que a assistência do advogado seja anterior ao mesmo, ocorra antes que o acusado se expresse em relação à denúncia, a fim de que, tendo havido uma análise ainda que preliminar acerca das provas existentes nos autos, possa ser orientado sobre o que deve ser falado e como falar ou, ainda, a usar seu direito de permanecer em

silêncio e, neste caso, como fazê-lo.

Basta uma análise desse último ponto para se perceber a incoerência e inefetividade de tal norma na forma como vem acontecendo. Se o réu tem o direito de permanecer em silêncio e de ser assistido por advogado, como poderá este orientá-lo a calar-se se somente tiverem contato depois de realizado o interrogatório? Nesses casos, o exercício do direito de permanecer em silêncio dependerá exclusivamente da análise do réu ou somente será exercido por aqueles que tiverem condições de anteriormente ajustar um advogado. Acrescente-se, ainda, a possibilidade de a situação ser inversa em que o réu tenha algo importante a dizer, mas que, por não entender as conseqüências e importância dessas suas palavras, permaneça em silêncio, prejudicando sua defesa, sem que o defensor nomeado possa, posteriormente, reverter a situação.

Para que se possa dar efetividade à norma constitucional garantidora do direito à assistência jurídica aos acusados, impõe-se, no mínimo, que ela seja anterior ao interrogatório, sendo indagado sobre ter constituído advogado ou ter condições de fazê-lo antes do início do ato e, em caso de respostas negativas, nomear-se defensor, suspendendo-se o ato até que haja possibilidade de, reservadamente, entrevistar-se o réu com o profissional que será responsável por sua defesa. Mantendo-se as coisas como estão, não há como ver efetividade material em tal norma que, embora posta, válida e vigente, não produz na prática os efeitos que lhe são próprios e esperados.

4.4 O momento do interrogatório e os ritos processuais penais

Seguindo os objetivos deste trabalho, resta analisar a efetividade das normas assecuratórias do direito de defesa do réu nos ritos processuais penais, com ênfase no momento de realização do interrogatório do acusado (tema central deste estudo).

Por serem muitos os ritos processuais penais existentes, dispostos no corpo do Código de Processo Penal e em diversas leis extravagantes, limitar-se-á a abordagem aos que mais comumente se verificam.

4.4.1 Ritos comuns do Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal, ao disciplinar os ritos processuais a serem seguidos para o julgamento das infrações penais, estabeleceu no Título I do Livro II o rito comum, a ser observado sempre que não houver previsão de rito específico.

Algumas pequenas diferenças surgem quando se trata de processo por crime a que seja cominada pena de reclusão ou de detenção. Tais minúcias,

porém, não interessam ao presente trabalho, eis que a estrutura básica é a mesma e, portanto, suficiente para a análise aqui pretendida.

Além dos processos por crimes comuns, as normas do rito comum aplicam-se aos crimes de competência do Tribunal do Júri, na parte relativa à formação da culpa, *ius accusacionis*, ou primeira fase do julgamento, incidindo, então, as normas especiais, apenas para a fase de julgamento em plenário.

Assim, resume-se o rito comum do processo penal em oferecimento da denúncia ou queixa, recebimento desta pelo Magistrado designando-se interrogatório do acusado no mesmo ato, realização do interrogatório, concessão de prazo para defesa prévia, oitiva das testemunhas arroladas, diligências finais, se for o caso, alegações finais pelas partes e sentença.

Nota-se, de antemão, que esse rito evidencia as impropriedades estudadas no item 4.3 quanto ao direito à assistência jurídica, uma vez que o interrogatório do réu ocorre logo após o recebimento da denúncia, sendo apenas nesse ato nomeado seu defensor que somente em momento posterior iniciará efetivamente a defesa, com o oferecimento da chamada defesa prévia.

Esse rito afeta flagrantemente a efetividade das normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, uma vez que, pela sua forma de dispor e organizar o processo penal, afasta a incidência material do direito ao silêncio, à presunção de inocência, à assistência jurídica e, então, à ampla defesa.

Quanto ao direito ao silêncio, como já foi dito acima, como será possível acreditar que o réu tenha, de fato, o direito ao silêncio se não tiver certeza ou, pelo menos, orientação sobre quando utilizá-lo em seu benefício?

O prejuízo ao acusado no tocante a esse direito em virtude da assistência jurídica ocorrer tardiamente, ou seja, apenas após o fim de seu interrogatório já foi explicitado no item anterior (item 4.3), não merecendo aqui maior exposição.

Ocorre que, a par daqueles vícios, também o momento de realização do interrogatório vem a retirar a efetividade das normas garantidoras da ampla defesa.

Sendo, como é, encarado o interrogatório como meio de defesa do acusado, até mesmo por uma questão de lógica e princípios jurídicos, mostra-se incoerente que o interrogatório se realize antes da produção de qualquer prova. Ora, nesse caso, o que se tem é o início da defesa antes de produzidas as provas da acusação.

Inicialmente, se o réu tem o direito de permanecer em silêncio, devendo ser estendido tal direito à idéia de não estar obrigado a produzir provas contra si, somente após uma análise das provas já produzidas é que poderia efetiva e conscientemente exercer esse seu direito.

De outra banda, se o réu deve ser encarado como inocente até decisão final condenatória (presunção de inocência), o ônus da prova deve recair sobre a acusação quanto aos fatos deduzidos na inicial e não sobre o réu quanto à sua não-culpabilidade, a qual deve ser presumida, fundamentando a decisão absolutória em caso de dúvida (*in dubio pro reo*).

Assim, por exemplo, se, terminada a instrução, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público ou pelo acusador particular (no caso da ação penal privada) não tiverem trazido aos autos elementos certos quanto aos fatos deduzidos na acusação, capazes de formar o convencimento do magistrado no sentido da condenação do réu, estará esse convicto de que o melhor para sua defesa será manter-se em silêncio, usando livremente esse seu direito apoiado na presunção constitucional de sua inocência para, portanto, ver-se livre das sanções que lhe pretendam impor.

Vê-se, então, a fragilidade das normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa dos acusados no processo penal, quanto à efetividade, na aplicação das normas procedimentais comuns do Código de Processo Penal. Em primeiro, a assistência jurídica de importante papel para a ampla defesa, somente é assegurada após o interrogatório. Por sua vez, o direito ao silêncio há de ser exercido *no escuro*, sem saber o réu quais as provas que serão produzidas e qual o valor delas para formação da convicção do magistrado. Por fim, neste cenário, o réu não poderá valer-se da norma da presunção de inocência (constitucionalmente estabelecida para ser uma garantia a seu favor) como meio de defesa, relegando-se ela a mera proposição a ser seguida ao final, no julgamento, diante dos acontecimentos, independente de qualquer utilização dela pelo acusado.

A situação é tão complexa que gera distorções alarmantes.

A partir da análise acima feita, é possível concluir, apesar de todo o espanto, que as normas acima favorecem sobremaneira o réu que, solto e citado pessoalmente, deixasse de comparecer ao interrogatório. É que, em tal situação, determina o Código de Processo Penal que o juiz deve decretar-lhe a revelia, nomeando defensor e prosseguindo no feito (art. 367 c/c parágrafo único do art. 396 do CPP). Será, então, o acusado, de forma pensada ou inconscientemente, beneficiado se comparecer espontaneamente em juízo após a oitiva das testemunhas, quando deverá obrigatoriamente ser interrogado (art. 185), agora sim, já ciente de todas as provas contra ele produzidas.

Nota-se, destarte, que a efetividade das normas processuais decorrerá de artimanha processual que, contrariando as disposições legais rotineiras, culminará por garantir ao acusado o direito à assistência jurídica antes do interrogatório, o exercício consciente do direito ao silêncio nesse ato e, ainda, a utilização da presunção de inocência a seu favor.

Conclui-se, então, que esse procedimento comum, ao contrário de pautar-se na idéia garantista do direito de defesa e das liberdades individuais insertas na Constituição da República de 1988, adequa-se mais à visão autoritária e repressiva do interrogatório como meio de obter-se a confissão do réu, preconizada por Marques (1997, v. 2, p. 299):

E é o que se dá com o interrogatório do réu. Fonte de convicção das mais relevantes, pelos indícios que dele surgem e emergem, esse meio de prova nada tem de condenável ou iníquo, a menos que se queira transformar a instrução judiciária em proteção aos criminosos.

Ao interrogar o réu, busca-se obter a confissão do crime de que ele é acusado. O inocente negará imputação e poderá fazê-lo com absoluto êxito porque nenhum crime praticou. Ao culpado a situação se apresentará mais difícil, porque a sua negativa mentirosa o obriga a rodeios e ginásticas de dialética que acabarão por deixar vestígios e contradições que se constituirão em indícios e provas circunstanciais de real valor para o veredicto final dos órgãos jurisdicionais.

Essa visão autoritária e excessivamente repressiva não se coaduna com a sociedade democrática pretendida pela nova ordem constitucional instalada a partir do texto político de 1988. Ao buscar-se a confissão do réu por meio do interrogatório, como que *encurralando-o* numa armadilha de desigualdade processual, aniquila-se todo o direito de defesa que, ao contrário do sustentado por Marques (1997), é não só do inocente mas de todos os acusados no processo penal.

4.4.2 Crimes de responsabilidade de funcionário público

Difere o procedimento dos crimes de responsabilidade de funcionário público pela existência de uma fase preliminar, aplicável aos crimes afiançáveis, na qual o imputado é notificado para responder por escrito no prazo de quinze dias (MIRABETE, 1995, p. 653), sendo de se ressaltar que, diante da redação dada ao inciso I do art. 323 do CPP pela Lei nº 6.416, de 24.05.1977, são afiançáveis todos os crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal – CP, pois em nenhum deles a pena mínima supera dois anos de reclusão. Assim, a notificação é indispensável em qualquer ação penal movida contra funcionário pelos delitos funcionais. Não sendo conhecida sua residência, deve ser no-

meado defensor para o mesmo a quem caberá apresentar a resposta preliminar, sendo permitido, em ambos os casos, o manuseio dos autos em cartório pelo imputado e/ou seu defensor.

Somente após a análise de tal resposta, que poderá vir acompanhada de documentos, é que decidirá o juiz pelo recebimento ou não da denúncia ou queixa, aplicando-se, em caso positivo, a partir daí, o rito comum explicitado no item anterior.

Muito embora aplicando-se o rito comum a partir do recebimento da denúncia ou queixa, o estabelecimento de uma fase preliminar representa maior efetividade às garantias constitucionais ora em estudo.

No tocante à assistência jurídica, a efetividade é total, eis que, a partir da notificação para apresentação da resposta preliminar, já deverá o imputado constituir advogado ou requerer seja-lhe nomeado um, na impossibilidade de pagamento, e, ainda, deverá haver prévia nomeação caso não encontrado o denunciado para notificação pessoal.⁶ Destarte, o réu, ainda que recebida a denúncia ou queixa, a par de sua resposta, já terá mantido contato com o responsável por sua defesa técnica, já tendo condições de saber as linhas da tese defensiva, possibilitando-lhe o exercício efetivo de seu direito à ampla defesa.

No restante, porém, sobretudo quanto ao interrogatório que continua sendo o primeiro ato a partir do recebimento da denúncia, a efetividade das normas é apenas relativa, mitigados os vícios e impropriedades dispostas no item anterior, apenas pela prévia assistência jurídica que repercute, de certa forma, a partir da orientação, na garantia do direito ao silêncio e na utilização da presunção de inocência a favor do réu. Continua, porém, impossível ter a exata noção das provas que serão produzidas contra si, já que a produção delas ocorre somente em momento posterior às suas declarações.

4.4.3 Juizado Especial Criminal

Por fim, há de se verificar a efetividade das normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado no rito processual previsto para as infrações penais de competência do Juizado Especial Criminal – JEC.

Introduzido em nosso ordenamento pela Lei nº 9.099, de 26.09.1995, em regulamentação do art. 98, I, da CF/88, o JEC, entre outras inovações no campo penal e processual penal, disciplinou de forma totalmente diferenciada o procedimento judicial para apuração dos crimes de menor potencial ofensi-

⁶ Muito embora o CPP ao dispor sobre este rito deixe dúvidas quanto à possibilidade de apresentação de defesa pelo próprio acusado, cremos esteja mais de acordo com as normas constitucionais e com o Estatuto da Advocacia a interpretação segundo a qual a resposta há de ser subscrita por profissional legalmente habilitado, por tratar-se de produção de ato judicial, sendo, então, indispensável o advogado.

vo, dispondo:

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.

Além de concentrar os atos processuais em uma única audiência, o rito processual do JEC é o que, no ordenamento jurídico-positivo brasileiro, dota de maior efetividade as normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado.

Inicialmente, há de se ver que ficam afastadas as impropriedades no tocante ao direito à assistência jurídica, pois não haverá prática de atos instrutórios anteriormente à audiência, sendo imprescindível a presença do defensor para a sua realização, uma vez que, logo em seu início, deverá haver pronunciamento de tal profissional acerca da denúncia na defesa preliminar, em que, antes mesmo de ser interrogado, o réu poderá ver-se livre da acusação contra ele deduzida.

Ademais, recebida a denúncia ou queixa, estando o réu presente, passará a assistir a todos os depoimentos (vítima e testemunhas), devidamente acompanhado de seu advogado ou defensor, para, só então ao final, realizar-se seu interrogatório. Poderá, portanto, nesse momento, sopesar, sempre com a assistência do profissional responsável por sua defesa técnica, as provas até então produzidas à força das provas da acusação para formação do convencimento do magistrado, para, livremente, optar pelo exercício de seu direito ao silêncio, utilizando-se da presunção constitucional de sua inocência ou, ainda, para, orientado ou não, dar ao magistrado a versão que melhor lhe favoreça, exercitando amplamente seu direito de defesa.

Assim, embora criticado quando foi editada a Lei nº 9.099/95, por introduzir inovações que, na verdade, invertiam a ordem das coisas até então existentes, procedendo-se a uma análise do procedimento do JEC, é claramente visível sua completa adequação às normas que estabelecem os direitos e garantias individuais, sobretudo, no tocante à ampla defesa e a seus correlatos.

O interrogatório aqui não será visto, em hipótese alguma, como oportunidade de obter-se a confissão delitiva do acusado, mas, pura e simplesmente, como meio de defesa, em que ele procurará dar sua versão dos fatos, tentando

do, se assim lhe convier, contrapor-se às informações prestadas pelas testemunhas que, obviamente, poderão estar prestando depoimentos falsos e serão, então, desmentidas pelo maior interessado, o réu, por meio de informações que, talvez, somente ele detenha.

Apesar de destinado ao julgamento das denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, esse procedimento, por traduzir maior efetividade às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, é inegavelmente mais benéfico ao réu que os ritos comuns do Código de Processo Penal, embora neles haja, teoricamente, maior amplitude e possibilidade de produção probatória.

4.4.4 Inovações legislativas

Talvez atenta à necessidade de dar maior efetividade às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, a nova lei disciplinadora do rito a ser aplicado ao julgamento dos crimes definidos na Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368 de 21.10.1976) – Lei nº 10.409, de 11.01.2002 – criou a figura da defesa preliminar ao recebimento da denúncia, semelhante à resposta prévia no crime de responsabilidade dos funcionários públicos, bem como possibilitando a realização de interrogatório em momento anterior ao início da ação penal (que ocorre com o recebimento da denúncia ou queixa).

Pecou, porém, ao não aproveitar para prever a realização do interrogatório apenas ao final, após a produção das provas.

Por sua vez, em tramitação no Congresso Nacional, os Projetos de Lei nº 4.204/2001 e 4.207/2001 que, entre outros, buscam a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, atentos a tais situações, prevêm além de outras alterações, a aplicabilidade de todos os procedimentos da defesa prévia antes do recebimento da denúncia ou queixa, a obrigatoriedade de presença do advogado ou defensor no interrogatório que deverá realizar-se ao final do procedimento, após produção da prova que, em se tratando de testemunhas, será feita em audiência única, incluindo-se as da denúncia e as de defesa.

Esses projetos então, se aprovados, além de outros benefícios, darão efetividade material às normas garantistas da Constituição Federal de 1988, assegurando aos acusados em processo criminal, o exercício pleno e livre do direito à ampla defesa com todas as suas nuances e variações.

5 CONCLUSÃO

A partir de toda a exposição acima feita, é possível concluir que as normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa dos acusados não

têm uma efetividade real, material ou social. A par de vigentes, sua efetividade limita-se a aspectos formais, não se traduzindo em conseqüências reais no sentido de assegurar-se a igualdade dos acusados, o que somente pode advir da garantia à ampla defesa de forma geral, incluindo-se aí a possibilidade concreta de gozo do direito ao silêncio e à assistência jurídica e eficaz utilização da presunção de inocência como garantia.

Muito embora a sociedade clame por justiça e esteja sedenta pela responsabilização dos autores de delitos, afastando-se o fantasma da impunidade, não se há de voltar no tempo, abandonando-se as regras democráticas e humanitárias em prol de um autoritarismo e de uma repressão desmedida sob chancela legal, que pode levar a grandes injustiças, acirrando ainda mais a desigualdade social, culminando por *sair o tiro pela culatra*.

Todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais dispostas na Constituição, a par de terem aplicabilidade imediata como dispõe o § 1º do art. 5º, devem ter efetividade plena, não bastando, por exemplo, que se mude o entendimento sobre algumas normas ou que se deixe de aplicar outras para impedir que o silêncio do réu seja interpretado em seu prejuízo, mas criando-se condições para que ele possa exercer com plenitude todos os direitos e cercar-se de todas as garantias que a Lei Maior lhe assegura.

Embora destinado apenas às infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo, é de se concluir que o rito processual do Juizado Especial Criminal, talvez por sua modernidade, é o que mais atenta para as normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa do acusado, sendo, portanto, o rito em que elas têm maior efetividade material.

É preciso tirar o manto da hipocrisia e abandonar o discurso de que as normas processuais não de ser feitas para beneficiar os inocentes e prejudicar os culpados, facilitando a condenação destes, quando sabemos que os grandes criminosos estão sendo beneficiados por artimanhas jurídicas e por ilícitos ligados à corrupção das autoridades responsáveis pelo combate à criminalidade, servindo nossas leis penais e processuais penais, na grande maioria das vezes, para condenar *ladroes de galinha* ou para impor sanções a *bodes espiatórios* retirados da sociedade para dar uma satisfação, ainda que falsa, a ela mesma ou para encobrir verdadeiros meliantes.

É imperioso que se tenha coragem de dizer que os direitos e garantias são aplicáveis a todos os que se encontrem em solo brasileiro, dando conteúdo material à igualdade de todos inserida no *caput* do art. 5º da CF/88, ainda que isso signifique dar garantias aos acusados contra a vontade de uma parcela da sociedade movida apenas pelo sentimento da mais torpe e cruel vingança.

Por fim, para que se dê efetividade material às normas constitucionais assecuratórias do direito de defesa é preciso mais que simplesmente modificar

a legislação processual penal ou a forma de interpretá-la, é preciso alterar toda a estrutura social do país, fazendo reinar, de fato, a igualdade de todos perante a lei e o cumprimento dela, reprimindo-se suas violações, nos exatos termos por ela previstos. Só assim poderemos um dia falar em igualdade, liberdade, garantias constitucionais, amplitude de direito de defesa e, então, *Justiça!*

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. reform. de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 1989.

GALARZA, Míriam K. Natureza jurídica do interrogatório do réu no crime: meio de prova, meio de defesa ou fonte de prova? O interrogatório admite contraditório? *Jornal Síntese*, Porto Alegre, v. 3, n. 36, p. 20-24, fev. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAMEDE, Gladston. *Semiologia do Direito: tópicos para um debate* referenciado pela animalidade e pela cultura. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões criminais controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 694, p. 303-309, ago. 1993.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação criminal nº 0235390-2 – Comarca de Belo Horizonte. Apelantes: 1º) a Justiça Pública; 2º) Marcelo Guimarães Carneiro. Apelados: os mesmos. Relatora: Juíza Jane Silva. Belo Horizonte, 08 de outubro de 1997. *Minas Gerais: Diário Oficial dos Poderes*

do Estado. Diário de Justiça, 07 nov. 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação criminal nº 0244565-8 – Comarca de Caratinga. Apelante: Ivanir da Consolação Armond Miranda. Apelada: A Justiça Pública. Relatora: Jane Silva. Belo Horizonte, 29 de abril de 1998. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 24, n. 71, p. 405-412, abr./jun. 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 5. ed. atual. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 149.145-3/0 – Comarca de Taubaté. Apelante: Joel Aparecido Vieira. Apelado: Justiça Pública. Relator: Des. Celso Lomongi. São Paulo, 14 de julho de 1994. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 709, p. 313-314, nov. 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

VILAS BOAS, Alberto. *Código de processo penal anotado e interpretado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.