

O MOMENTO DE REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO E AS CARTAS PRECATÓRIAS COMENTÁRIOS À DECISÃO DO STJ NO HABEAS CORPUS 585.942/MT

THE MOMENT FOR JUDICIAL INTERROGATION AND THE
PROCEEDING OF WITNESS HEARING IN ANOTHER JURISDICTION
COMMENTS ON HABEAS CORPUS 585.942/MT

LUCAS PARDINI GONÇALVES

Promotor de Justiça

Resumo: O interrogatório passou por mudanças ao longo das últimas décadas no Brasil, guiadas pelo modelo de processo penal adotado. Do paradigma inquisitório vigente quando da edição do código de processo penal de 1941 ao modelo acusatório instituído pela constituição da república de 1988, o ato teve alterada sua natureza, de meio de prova para meio de defesa, deixando de ser o primeiro ato da fase instrutória, para ser o último. Os casos em que há produção de provas em juízo diverso, por meio de cartas precatórias, desafiam tal construção dogmática, por possibilitarem uma inversão na ordem dos atos. A matéria foi julgada pelo superior tribunal de justiça, que, em revisão de sua jurisprudência, decidiu que, mesmo nessas hipóteses, o interrogatório deve ser o último ato da instrução. O presente artigo busca abordar essa evolução dogmática do instituto e, ao final, comentar tal decisão, analisando suas consequências para o processo penal.

Palavras-chave: interrogatório; processo penal; carta precatória; prova.

Abstract: Judicial interrogation has passed through changes in the last decades in Brazil, in accordance with the model of criminal procedure that is adopted. From the inquisitorial paradigm in force by the time of the publication of the criminal procedure code of 1941 to the accusatory model brought by the republican constitution of 1988, it is said to have had its nature altered, from a mean of evidence to a mean of defense, having forsaken being the first act of the judicial procedure, going to its end. The cases in which there are victims or witnesses to be heard in another jurisdiction challenge this construct, since they enable an inversion in the order of the acts. The matter has been ruled by the superior justice court, which altered its jurisprudence to decide that, even in such hypotheses, the interrogation of the accused must be held at the end of the procedure. This article intends to discuss the judicial interrogation evolution and, finally, comment the court ruling, analyzing its consequences for the criminal procedure.

Keywords: judicial interrogation; criminal procedure; witness hearing; evidence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza jurídica do interrogatório. 3. O momento de realização do interrogatório. 4. A produção de provas por carta precatória. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O interrogatório no processo penal foi objeto de remodelação e revisão principiológica no Direito brasileiro ao longo dos últimos anos, em decorrência da própria evolução do modelo de processo penal adotado. Afinal, já se disse que “é no interrogatório que se manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre método inquisitório e método acusatório”.¹ Com a promulgação da Constituição da República de 1988 (CR/88), com suas garantias fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV), iniciou-se movimento doutrinário, legislativo e, posteriormente, jurisprudencial, no sentido de se adequar o tratamento do interrogatório ao novo paradigma.

Assim é que, desde então, a figura processual passou por importantes mudanças referentes, em especial, a dois pontos: o direito ao silêncio e o momento de realização do ato ao longo da cadeia procedimental.

O presente trabalho se propõe a analisar o segundo ponto² e, para isso, estrutura-se sobre três eixos.

Inicialmente, fará uma breve análise da natureza jurídica do interrogatório no processo penal, buscando fundamentar o posicionamento de se tratar de um meio de defesa.

Em seguida, calcado nas constatações trazidas no tópico anterior, abordará a evolução legal e jurisprudencial a respeito do objeto de estudo, qual seja, o momento adequado para a realização do interrogatório, almejando demonstrar a razão pela qual o ato passou da abertura para o encerramento da fase instrutória da ação penal.

Por fim, aplicando as conclusões alcançadas nos itens anteriores a uma hipótese específica, em raciocínio dedutivo, o trabalho tratará de uma situação-problema frequentemente vivenciada por todos que operam no processo penal: os casos de colheita de provas pela via de cartas precatórias.

A pesquisa se justifica e se motiva por recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, alterando sua jurisprudência, até então, firme sobre a matéria, assentou a ilegalidade, como regra, da realização do interrogatório antes da produção de provas em outros Juízos.

Por se tratar de revisão de entendimento, a decisão merece atenção por parte de membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e da advocacia, sendo esse o fim último deste trabalho, mediante a apresentação de algumas considerações a respeito do julgado.

1 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010. p. 559.

2 Para uma análise aprofundada do primeiro, *cf.* HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

2. A natureza jurídica do interrogatório

A discussão quanto à natureza jurídica do interrogatório no processo penal (se meio de prova, meio de defesa ou, ainda, ato de natureza híbrida) já é antiga na doutrina³.

Haddad⁴ pontua que, historicamente, a tradição francesa desenvolveu a visão do interrogatório como meio de prova, ao passo que a inglesa acentuou seu caráter de meio de defesa⁵, o que demonstra que a na-

3 Ilustrativamente, Vicente Greco Filho pontua que “o entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ele ato de defesa, porque pode nele esboçar-se a tese de defesa e é a oportunidade para o acusado apresentar sua versão dos fatos, mas é, também, ato de instrução, porque pode servir como prova” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241); Aury Lopes Jr., por sua vez, entende que “é estéril aprofundar a discussão sobre a ‘natureza jurídica’ do interrogatório (...) pois as alternativas ‘meio de prova’ e ‘meio de defesa’ não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o *sentire* judicial materializado na sentença” (destaque no original) (LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 448); Grinover *et al.* prelecionam que “consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova (como o considerava o Código de Processo Penal de 1941, antes da Lei 10.792/2003) em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão. 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*” (destaques no original) (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 77); e, ainda, o entendimento de Pacelli e Fischer é de que “(...) o interrogatório é meio de defesa, com o que não se pode mais exigir o comparecimento do acusado ao referido ato, ao menos para essa específica finalidade. No entanto, embora essencialmente seja um meio de defesa, ele (interrogatório) pode-se comprovar um efetivo *meio* ou *fonte* de prova, como, aliás, qualquer outra modalidade probatória reconhecida pelo ordenamento. É dizer: o depoimento prestado pelo acusado, ainda quando destinado – originária e intencionalmente – a favorecer os interesses defensivos, poderá ser considerado em desfavor do réu, se ele, não exercendo o direito ao silêncio, apresentar versão contrária aos seus interesses. E não só a *confissão* pode ser assim entendida; também um depoimento contraditório, desarticulado ou evidentemente mendaz poderá ser levado em consideração pelo juiz, no sentido de infirmar as teses defensivas levantadas pela defesa técnica. Se é verdade que o *silêncio* não pode ser considerado, pois dele nada se pode extrair – por determinação constitucional, inclusive – a eloquência e a loquacidade, sobretudo quando mal utilizada (sic), podem” (destaques no original) (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 424).

4 HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 30.

5 No mesmo sentido, Moraes analisa: “Historicamente o interrogatório surgiu, com as feições que hoje possui em nosso sistema processual, como meio de prova, aliás, era incluído como fase primeira e obrigatória do procedimento inquisitorial da Europa Continental. Com ele se buscava precipuamente a confissão do acusado, a qual, em ocorrendo, encerrava o processo com a condenação do confite. (...) No sistema inglês, que por razões político-religiosas, não aceitou a influência canônica e/ou eclesástica da Europa Continental, incorporou-se o critério helênico-romano de um sistema acusatório em que o acusado poderia, no momento de sua defesa, confessar (*plea guilt*), sendo que nesse caso o processo também cessaria e a pena seria aplicada. Percebe-se, portanto, que embora a confissão em ambos os sistemas levasse à aplicação de pena ao confite, no sistema inglês, e em todos que dele derivaram, o interrogatório não existia como fase inicial e obrigatória da fase instrutória e, outrossim, o acusado não era obrigado (ou legitimamente torturado) a confessar. O sistema da *common law* prescinde da colaboração do acusado com seu depoimento. A ele compete apenas se defender e se, para isso, entende ser conveniente confessar ou apresentar suas razões, ele o faz sem obrigações ou ônus por ter calado no processo” (MORAES, Maurício Zanoide de. Interrogatório: uma leitura constitucional. In. ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 2003. p. 336-8).

tureza jurídica do ato não lhe é algo intrínseco, senão atribuído pelo direito positivo⁶.

Assim é que, no direito brasileiro, a nosso juízo, o interrogatório é meio de defesa, sem prejuízo de, eventualmente, poder também servir como fonte de prova, com caracteres peculiares.

A CR/88, ao prever a ampla defesa e o direito ao silêncio no rol dos direitos e garantias fundamentais (incisos LV e LXIII⁷, respectivamente, do art. 5º), deu roupagem de meio de defesa ao interrogatório⁸, o qual passou a ser o *locus* adequado ao exercício de uma das facetas da defesa no processo: a autodefesa, desempenhada de forma personalíssima pelo acusado, sendo complementada pela defesa técnica⁹.

A diretriz constitucional impôs, desde logo (considerando a aplicação imediata da norma, conforme art. 5º, § 1º, da CR/88), radical alteração da natureza do interrogatório em nosso ordenamento, o qual, até então, se revestia de caráter de meio de prova, sob a égide do Código de Processo Penal (CPP) de 1941¹⁰.

6 (...) para se saber qual a natureza jurídica do interrogatório, mister o recurso ao direito positivo. É questão de política legislativa configurar o interrogatório essencialmente como meio de prova e, acidentalmente, como meio de defesa, ou vice-versa" (HADDAD, *op.cit.*, p. 46).

7 Embora a Constituição, no art. 5º, LXIII, fale em 'preso', a garantia deve ser estendida para toda e qualquer pessoa suspeita da prática de infração penal, não apenas àqueles que estão presos. Afinal, em se tratando de garantia individual, a aplicação do princípio da isonomia é corolário do próprio espírito da Carta Magna" (COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004. p. 185). No mesmo sentido, GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. *op. cit.*, p. 77.

8 A previsão constitucional levou Tourinho Filho, que via o interrogatório como meio de prova, a reformular seu entendimento: "Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica (no capítulo da instrução), 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 foram formuladas" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296).

9 A defesa, no processo penal, apresenta-se sob dois aspectos: defesa técnica e autodefesa. A primeira é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, consequentemente, à própria imparcialidade do juiz. (...) Já a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é considerada renunciável por este. Mas essa renunciabilidade não significa sua dispensabilidade pelo juiz. (...) Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o *direito de audiência* e o *direito de presença*. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o *interrogatório*. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas" (destaques no original) (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. *op. cit.*, p.73-5).

10 Nesse sentido, é interessante notar que a clássica doutrina processual penal brasileira, ao discorrer sobre o interrogatório à luz das previsões originais do CPP de 1941, não titubeava em lhe reconhecer o caráter de meio de prova, ainda que concomitante à nota de meio de defesa: "O interrogatório do acusado

Diversos eram os dispositivos do Código que corporizavam esse viés conferido à figura, de índole marcadamente inquisitória¹¹, inspiradora da legislação processual penal do Estado Novo¹²: o art. 186, que previa a possibilidade de o silêncio do réu ser interpretado em seu desfavor; o art. 187, que previa que o defensor não poderia intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e respostas; o art. 191, que determinava que se consignassem as perguntas que o réu deixasse de responder, bem como as razões que invocasse para assim proceder.

Diante da incompatibilidade entre a previsão constitucional e as normas processuais anteriores, desde 1988, cobrava-se uma adequação da le-

é, atualmente, meio probatório, pois que, entre as provas, o arrolou o Cód. de Processo Penal. Alguns autores, no entanto, como Bento de Faria, Edgar Costa e outros o conceituam como sendo unicamente *ato de defesa*. Tal entendimento se apresenta inaceitável, em face da estruturação e forma que tem o instituto em nossa legislação de processo penal. Mais aceitável se nos afigura o ensinamento de Lincoln Prates, de que o interrogatório é, concomitantemente, *meio de prova e ato de defesa*. Desde que se realize com plena liberdade para o réu, o interrogatório constitui relevante fonte de prova” (destaques no original) (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol 2. 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. p. 321); “O Código vigente considera o interrogatório meio de prova. (...) O interrogatório tanto pode ser aproveitado por lei para servir como expediente de prova quanto como para ser instrumento de defesa. (...) Compare-se o que acontece no Direito italiano, em que o interrogatório é expediente de defesa, com o que ocorre no brasileiro, em que ele serve de prova. Naquele, a lei manda que o juiz dê ciência, de modo claro e preciso, ao acusado, do fato que lhe é atribuído, das provas já existentes contra ele, das origens dessas provas e que o convide a desculpar-se e a indicar as provas em seu favor (CPP italiano, art. 65, 2). E por quê? Porque o juiz não se deve louvar no que o réu diz, mas tem de ir à cata das provas do que ele afirma. O interrogatório é meio de defesa (...) e fonte de prova. Mas ele mesmo não prova nada. Aqui, no Brasil, o juiz encara as declarações do réu como importante elemento de convicção, porque elas são realmente um dos materiais que a lei ministra para formá-la. Elas têm valor probante e podem até ser aceitas contra o réu. (...) O interrogatório, pois, na lei em vigor, é meio de prova. O fato de ser assim não significa que o réu não possa valer-se dele para se defender. Pode; ele é excelente oportunidade para fazer alegações defensivas. O que há é que, enquanto em algumas leis o interrogatório é essencialmente meio de defesa e acidentalmente fonte de prova (v.g., a italiana), em outras ele é essencialmente meio de prova e acidentalmente fonte de defesa” (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. 1. 8. ed. de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 357-9). É notável a semelhança entre a atual disciplina constitucional e legal brasileira do interrogatório, analisada a seguir, e a italiana a que se referia Tornaghi, classificando o ato, em tal sistema, como meio de defesa e acidentalmente fonte de prova.

11 Analisando a diferença do papel do interrogatório entre os sistemas inquisitório e acusatório, Pereira pontua: “A maior ou menor importância do interrogatório varia conforme o sistema processual penal examinado. No sistema acusatório, o interrogatório e, por conseguinte, a confissão são desnecessários e de menor importância devido ao fato de a prova ficar inteiramente a cargo das partes: à acusação cabe fazer as provas de suas alegações e tentar demonstrar a ocorrência do fato delituoso e a autoria, enquanto à defesa cabe refutar os argumentos e as provas apresentadas, ficando o juiz inerte aguardando a produção das provas que influenciarão seu convencimento. Grande ênfase é dada à prova técnica como forma de comprovação dos fatos, o que, por conseguinte, dispensa a participação do acusado. Todavia, no modelo inquisitorial, o interrogatório e a confissão são exageradamente valorizados devido à centralização do ritual do processo criminal na pessoa do acusado, à participação do juiz na colheita da prova e à propalada (ou malfadada) *busca da verdade* a que ele se lança” (destaque no original) (PEREIRA, Gisele Mendes. *O direito ao silêncio no processo penal brasileiro*. Caxias do Sul: Educus, 2012. p. 189-90).

12 Nota-se, portanto, que o interrogatório, da forma como estava colocado no CPP, detinha explicitamente uma estrutura inquisitorial, com o juiz gerindo o ato e a proibição de intervenção da defesa (ou até mesmo acatando a sua ausência) e da acusação. Permitir que o indiciado, ou acusado, comparecesse ao ato sem a possibilidade de anteriormente consultar um advogado e de estar acompanhado por ele significava a manutenção (travestida em outro nome) do malfadado sistema inquisitorial, transformando o juiz em inquisidor, e o acusado, em objeto de prova contra si mesmo e, não raro, no principal fator de sua própria condenação” (*Ibid.*, p. 182).

gislação ordinária, o que veio sendo paulatinamente feito pelo Congresso Nacional, mediante edição de uma sucessão de leis alteradoras do CPP em matéria de interrogatório, culminando, dentre outras inovações, com a revogação dos três artigos supramencionados¹³.

Assim é que, hodiernamente, entendemos que, seja pela Constituição da República, seja pela legislação ordinária reformada, o interrogatório se revela como elemento processual posto a serviço da defesa¹⁴, não se apresentando acertada sua classificação, ainda que simultânea, como meio de prova¹⁵.

Ora, qualquer elemento processual, sendo prova, no sentido técnico do termo, deve ser passível de submissão ao contraditório, além de ser acessível tanto à defesa, quanto à acusação, sob pena de quebra da paridade de armas.

Traçando um paralelo com a prova testemunhal, por exemplo, tem-se que uma testemunha pode ser arrolada tanto pela acusação, quanto pela defesa; caso não compareça em Juízo, pode ser coercitivamente conduzida; presta compromisso legal de dizer a verdade e não pode se calar, sendo dado à parte que não a arrolou lhe formular questionamentos, os quais deve ela responder, exercendo-se, assim, o contraditório sobre a prova.

Diversamente, a realização do interrogatório depende, na prática, da vontade do réu, não havendo mecanismo jurídico posto à disposição da acusação para conduzi-lo coercitivamente a Juízo. Ademais, não há compromisso legal de dizer a verdade, e é consagrado o direito ao silêncio, o qual não pode ser interpretado em desfavor da defesa, do que é corolário que o acusado somente responde ao que quiser, podendo optar, livremente, por não responder a qualquer indagação.

Nesse sentido, vale lembrar que, em reforço a tal posicionamento, há o art. 15, parágrafo único, da recente Lei 13.869/19 (“Lei de Abuso de Autoridade”), prevendo como crime a conduta de prosseguir com o inter-

13 Atualmente, no lugar da previsão do antigo art. 186, vige o art. 186, p.ú., com redação dada pela Lei 10.792/2003, prevendo que do silêncio, que não importa em confissão, não podem advir prejuízos à defesa; no lugar do antigo art. 187, vige o art. 188, com redação dada pela mesma Lei, prevendo que o Juiz, após formular suas perguntas, indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido e formulará as perguntas correspondentes, se pertinentes e relevantes.

14 (...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar” (FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 560).

15 Em sentido diverso, reconhecendo, simultaneamente, os dois caracteres na figura do interrogatório, *cf.* HADDAD, *op. cit.*, p. 30-58.

rogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio ou de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

É dizer, a realização ou não do interrogatório está, em última análise, nas mãos da defesa (acusado e defesa técnica), dado não se admitir o prosseguimento de interrogatório de pessoa que já se manifestou no sentido de permanecer em silêncio.

Vale lembrar que a própria presença do réu ao ato destinado ao interrogatório não pode ser exigida pela acusação ou pelo Juízo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), ao reconhecer a inconstitucionalidade da condução coercitiva para fins de interrogatório¹⁶.

Destarte, descabe ver no interrogatório, ainda que simultaneamente ao caráter de meio de defesa, um viés de meio de prova. Caso contrário, estaríamos diante de uma modalidade de prova que não se submeteria ao contraditório e, pior ainda, que não estaria ao alcance de ambas as partes processuais – uma modalidade de prova que só uma das partes teria o poder de produzir.

Isso não implica, contudo, que o interrogatório não possa, eventualmente, funcionar como fonte de prova em um caso concreto, o que se dá, *v.g.*, com a confissão, que é legalmente classificada como prova, não havendo óbice a que se preste a fundamentar uma condenação. Entretanto, como essa potencialidade se encontra exclusivamente nas mãos da defesa, isso não retira do ato seu caráter de meio de defesa, visto que mesmo uma confissão pode ser, em última análise, uma estratégia defensiva¹⁷.

3. O momento de realização do interrogatório

Intimamente ligada à visão do interrogatório como meio de prova, própria do modelo inquisitório de processo penal, está a sua colocação como primeiro ato da fase instrutória da ação penal.

16 ADPF 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 14/06/2018, DJe 22/05/2019. Similarmente, a previsão do art. 457, §2º, do CPP, no sentido de que o julgamento pelo Tribunal do Júri pode ocorrer normalmente sem a presença do réu preso, se ele e seu defensor dispensarem sua condução.

17 (...) assim como é possível permanecer em silêncio e anular o aspecto probatório, também pode acontecer do acusado tecer considerações abertamente desfavoráveis, eliminando-se qualquer manifestação defensiva. O acusado pode abrir mão da garantia do silêncio e negar, justificar ou confessar a infração. De igual modo, pode calar-se totalmente, sem possibilidade de fornecer prova. Falar e calar-se são opções postas à disposição do acusado e a escolha de uma ou outra indica, no caso concreto, a adoção de uma estratégia" (HADDAD, *op. cit.*, p. 37-8).

Sem se afastar da ideologia que lhe subjazia, o CPP de 1941 previa a oitiva do acusado já na abertura do processo, sendo ele citado, após recebimento da denúncia, para comparecer em Juízo e ser interrogado, após o que se oportunizava a apresentação de defesa escrita, arrolando-se testemunhas (arts. 394 e 395)¹⁸.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina já vinha apontando a incompatibilidade de tal previsão com o modelo de processo penal instituído, de índole acusatória e pautado, dentre outras máximas, pela ampla defesa como garantia fundamental.

Diante desse cenário, após perder a oportunidade de inovar quanto ao momento de realização do interrogatório ao longo da cadeia de atos procedimentais quando da edição da Lei 8.038/90¹⁹ e, igualmente, da Lei 8.666/93²⁰, o legislador o fez em 1995, ao prever, na Lei 9.099/95, que o interrogatório, no procedimento dos Juizados Especiais Criminais, se daria ao cabo da instrução processual, após oitiva da vítima e das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem (art. 81).

Contraditoriamente, em 2003, adveio Lei 10.792/03, alterando substancialmente a disciplina do interrogatório no CPP, em alinhamento à diretriz constitucional. O diploma, contudo, conservou o ato no início do procedimento.

Três anos depois, em 2006, editou-se a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06), a qual prevê um procedimento especial para o processamento das ações penais referentes aos crimes que tipifica, dispondo, igualmente, que o interrogatório é o primeiro ato da audiência de instrução, antes da tomada dos testemunhos (art. 57).

Foi apenas em 2008 que a verdadeira reforma foi efetivada, por meio das Leis 11.689/08 e 11.719/08, que alteraram dispositivos do CPP referentes, respetivamente, ao procedimento do Tribunal do Júri e aos procedimentos ordinário e sumário, deslocando o interrogatório para o final da audiência de instrução e julgamento, após a colheita de todas as demais provas, conforme arts. 400, 411 e 531 do CPP, em sua atual redação²¹.

18 Com semelhante redação, ainda em vigor, é a correspondente previsão (art. 302) do Código de Processo Penal Militar (CPPM), colocando o interrogatório logo após o recebimento da denúncia.

19 A qual rege, dentre outros, o procedimento das ações penais de competência originária de tribunais, tendo mantido o interrogatório como primeiro ato da fase instrutória (art. 7º).

20 A qual institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, tipificando, também, crimes relativos a essa matéria e prevendo o procedimento a ser aplicado às respectivas ações penais, com o interrogatório anteriormente à apresentação de defesa escrita e pedido de produção probatória (art. 104).

21 Interessante notar, aqui, a radical alteração no que tange ao momento de realização do interrogatório em Plenário do Tribunal do Júri. Pela redação original do Código (com pontuais reformas operadas pela

Após essa reforma processual, reconhecida a vantagem ao réu representada pela colocação de sua oitiva ao cabo da instrução, iniciaram-se discussões nos tribunais acerca da aplicabilidade dessas novas previsões aos procedimentos regidos por legislação especial, com regras em sentido diverso (Lei 11.343/06, Lei 8.666/93, CPPM etc.).

Sustentou-se a tese de que, tratando-se de norma posterior, seria esta aplicável em detrimento das anteriores, conforme brocardo *lex posterior derogat legi priori*, mormente por se mostrar favorável ao acusado e, portanto, alinhada ao princípio constitucional da ampla defesa.

Os Tribunais Superiores firmaram sua jurisprudência, durante considerável tempo, pela rejeição de tal tese, sendo vários os acórdãos exarados tanto pela Quinta, quanto pela Sexta Turmas, no âmbito do STJ, e por ambas as Turmas do STF²², podendo-se constatar nos julgados a presença recorrente de dois fundamentos estruturantes das decisões: os princípios *lex specialis derogat legi generali* e *pas de nullité sans grief*.

Extraem-se das decisões referências constantes ao art. 394, § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08, que estatui que se aplicam as previsões atinentes ao procedimento comum, *salvo disposição em contrário de lei especial*, pelo que se entendeu, nesses julgamentos, que a lei especial deveria prevalecer sobre a geral, conforme expressa previsão da Lei de 2008.

Ademais, algumas das decisões fazem alusão ao art. 563 do CPP, sustentando não ter a parte demonstrado a ocorrência de prejuízo em decorrência da realização do interrogatório no início da instrução, pelo que descaberia a declaração de nulidade.

Lei 263/48), o interrogatório era tomado logo em seguida à exortação aos Jurados, após o que o Juiz Presidente procedia à leitura do relatório do processo, *expondo os fatos, as provas e as conclusões das partes*, seguindo-se oitiva de testemunhas e debates orais (arts. 465 a 472 do CPP, com redação original e alterações da Lei 263/48). A Lei 11.689/08 inverteu absolutamente essa ordem, dispondo que, após a exortação aos Jurados, estes recebem cópias de peças processuais e do relatório feito pelo Juiz Presidente, seguindo-se, nesta ordem, oitiva da vítima (se possível), de testemunhas e, por fim, do acusado (art. 472 a 474 do CPP, com atual redação, dada pela Lei 11.689/08).

22 No âmbito do STJ, veja-se: HC 300.008/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 03/02/2015, DJe 11/02/2015; HC 245.752/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 20/02/2014, DJe 06/03/2014; RHC 48.485/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06/12/2016, DJe 12/12/2016; RHC 40.514/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 08/05/2014, DJe 16/05/2014; dentre outros. No âmbito do STF, veja-se: HC 122229, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 13/05/2014, DJe 30/05/2014; HC 113625, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 11/12/2012, DJe 01/02/2013; HC 122673, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 24/06/2014, DJe 01/08/2014; HC 125094 AgrR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 10/02/2015, DJ 04/03/2015; dentre outros. Para um completo levantamento jurisprudencial quanto à questão, cf. VILELA, Augusto Tarradt. A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 124/2016, out/2016, *passim*.

Contudo, a maturação das discussões ensejou uma guinada jurisprudencial, a partir, inicialmente, das ações penais de competência originária de tribunais, sujeitas à Lei 8.038/90.

Já em 2011, ao julgar agravo regimental do Ministério Público contra decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski (que, na qualidade de relator da Ação Penal 528, determinara a realização do interrogatório ao fim da instrução, nos termos do art. 400 do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08), o Plenário do STF, à unanimidade, referendou o entendimento do relator, negando provimento ao agravo²³, ao fundamento principal de que a realização do ato ao cabo da instrução é benéfica à defesa, prestigiando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Após esse julgamento, a Primeira Turma do Tribunal passou a adotar o mesmo entendimento em casos de crimes militares, afastando a aplicação do art. 302 do CPPM em prol do art. 400 do CPP²⁴, mediante argumentação semelhante.

Entretanto, o Tribunal permaneceu firme no entendimento anterior em relação a outras leis especiais (notadamente, a Lei de Drogas, à qual se refere a maioria dos casos julgados), não obstante a *quaestio juris* ser rigorosamente a mesma, independentemente de qual Lei especial se trate²⁵.

A instabilidade da jurisprudência do STF perdurou até março de 2016, quando a matéria foi levada a Plenário por iniciativa do Ministro Dias Toffoli, oportunidade em que, por maioria, se firmou a tese de que

*a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado*²⁶.

O fundamento estruturante do voto do Ministro relator, acompanhado pela maioria, foi, sucintamente, o fato de a nova Lei ser benéfica à defesa (*lex mitior*), pelo que deveria preponderar sobre normas conflitantes, em atenção aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

23 AP 528 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 24/03/2011, DJe 08/06/2011.

24 Nesse sentido: HC 115530, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 25/06/2013, DJe 14/08/2013; HC 115698, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 25/06/2013, DJe 14/08/2013; HC 121877, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 03/06/2014, DJe 25/06/2014; HC 121907, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 30/09/2014, DJe 28/10/2014.

25 Nesse sentido, destacamos que todos os casos do STF referidos na nota 22, *supra*, foram julgados após tal decisão do Plenário.

26 HC 127900, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 03/03/2016, DJe 03/08/2016.

O STJ, após tal julgamento paradigmático, também alterou sua jurisprudência, passando a alinhá-la com o entendimento firmado pela Suprema Corte²⁷.

Assim, reconhece-se, atualmente, o direito do acusado de ser interrogado quando já coletadas todas as provas, o que decorre da conformação do interrogatório como meio de defesa e, simultaneamente, reforça tal natureza. Afinal, ao se manifestar já tendo conhecimento das provas produzidas, o réu tem favorecida a sua autodefesa, podendo exercê-la de forma estratégica e informada²⁸.

4. A produção de provas por carta precatória

Um problema, porém, permanecia em aberto: os casos de produção de provas (normalmente a oitiva de testemunhas ou da vítima) por carta precatória.

Nos termos do art. 222, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPP, as testemunhas²⁹ no processo penal são ouvidas pelo Juízo do local de sua residência. Sendo este diverso do foro onde tramita a ação penal, expede-se carta precatória para a realização do ato, sendo que a expedição da carta não suspende a instrução, competindo ao Juízo deprecante a estipulação de prazo ao cumprimento do ato, após o qual, com ou sem o retorno da carta, pode-se realizar o julgamento.

Assim, admitiu-se, por muito tempo, a realização do interrogatório antes da oitiva a ser realizada pelo Juízo deprecado. A jurisprudência tradicional era firme no sentido de não haver nulidade em tal procedimento, conclusão a que chegava com base em uma interpretação literal do dispositivo legal acima referido, de acordo com o qual a expedição de precatória, *tout court*, não suspende a instrução³⁰.

Nesses casos, portanto, o interrogatório deixaria de ser o ato final da fase instrutória, em prejuízo à autodefesa que, conforme já posto, se benefi-

27 Nesse sentido, veja-se: RHC 60.178/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 22/11/2016, DJe 02/12/2016; AgRg no RHC 69.110/ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

28 Em pesquisa anterior (da qual extraímos algumas das reflexões novamente apresentadas no presente trabalho), fundamentamos tal conclusão a partir da teoria dos jogos: XXX. O interrogatório no processo penal sob a óptica da teoria dos jogos. A relevância do momento da oitiva do acusado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 71, 2018, p. 173-178.

29 O artigo legal diz, apenas, testemunhas, porém nessa previsão inclui-se, igualmente, a vítima, por analogia.

30 Na jurisprudência do STJ: AgRg no HC 615.886/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 13/10/2020, DJe 19/10/2020; RHC 106.872/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 06/08/2019, DJe 13/08/2019; HC n. 441.533/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 21/08/2018, DJe 27/8/2018; HC 313.050/BA, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 08/03/2016, DJe 15/03/2016.

cia pela oitiva do acusado somente quando já produzidas as provas que subsidiarão o convencimento do Juízo.

Como aqui já se expôs, o deslocamento do interrogatório para o final da instrução decorreu de paulatina evolução legal e jurisprudencial calcada na sua nova conformação constitucional, informada pelos princípios da ampla defesa e da não autoincriminação. Não se trata de uma irrelevância, mas da afirmação da natureza do ato como meio de defesa.

Seguindo essa linha, sempre nos incomodou o entendimento de que toda essa construção dogmática poderia ser afastada mediante algo tão simplório quanto a expedição de uma carta precatória para produção de provas.

Ora, se se reconhece que o interrogatório é meio de defesa e que sua realização ao final da instrução favorece a autodefesa (o que justificou, repita-se, toda a evolução legal e jurisprudencial alhures exposta), indaga-se: é legítimo que isso seja posto de lado, em prejuízo ao réu, pelo só fato de, em um determinado caso, haver provas a serem produzidas em outra localidade? O réu de um processo tal tem menos direito à autodefesa?

A jurisprudência, tal como até então firmada, mostrava-se, a nosso juízo, contraditória. Por um lado, reconhecia que a realização do interrogatório antes da produção de outras provas era prejudicial à defesa; por outro, admitia tal situação, em casos de provas a serem produzidas por precatória.

Poder-se-ia sustentar que se trata de uma situação de colisão entre princípios: a ampla defesa, de um lado, e talvez a efetividade ou a duração razoável do processo, de outro³¹. A necessidade de se prosseguir com a ação, em atenção à garantia do inciso LXXVIII do art. 5º da CR/88 e à própria efetividade do processo penal, reclamaria um juízo de ponderação frente à ampla defesa – inciso LV do mesmo dispositivo.

O argumento, contudo, não convence.

Primeiramente, uma breve digressão: não constitui objetivo deste trabalho discutir a própria existência das cartas precatórias ou debater se a figura ainda se justifica na atualidade, em que não é rara a tomada de depoimentos em audiência de instrução por videoconferência: Ministério Público, defesa técnica, réu, testemunha e Juiz, cada qual em um lugar diferente, utilizando seus respectivos aparelhos eletrônicos (computadores, smartphones etc.) logados em plataforma de contato digital³².

31 A jurisprudência tradicional do STJ referia-se ao princípio da *celeridade processual* (HC 388.688/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 04/04/2017, DJe 17/04/2017).

32 Resoluções nº 314/20 e 337/20 do Conselho Nacional de Justiça.

Sem aprofundar na temática, não podemos deixar de apenas pontuar que se a formalidade e a burocracia das precatórias para simples tomada de depoimentos já nos perturbava antes, agora, então, em cenário de pandemia a impor o distanciamento social, a situação se mostra, no dia-a-dia forense, ainda mais esdrúxula: tem-se o trabalho de se expedir uma carta, com todos os custos e as complicações que isso traz, para que o Juízo deprecado intime a testemunha ou vítima a comparecer ao Fórum local, para ser ouvida por pessoas que não estarão lá, mas se conectarão por videoconferência. Ou, pior ainda: intime a testemunha ou vítima a acessar um *link* para uma reunião virtual, não importa onde ela esteja!

O contraste entre o velho, arcaico, formalista e burocrático, de um lado, e o moderno, simples e expedito, de outro, é gritante. Se for para ser ouvida à distância, por que então não ser ouvida pelo próprio Juízo da causa, com a participação do membro do Ministério Público que atua no caso?

Enfim, o desabafo ficou maior que o devido, decorrência de nossa insatisfação com a questão³³. O objetivo de fazê-lo foi apenas demonstrar que a expedição de carta precatória não é algo que se deva a uma suposta complexidade da causa, de modo a justificar algum sacrifício a princípio constitucional. É algo simples (ou, pelo menos, que poderia e deveria sê-lo) que se deve, em verdade, às vicissitudes do sistema de justiça, ao qual cabe encontrar meios mais simples, eficazes, modernos e econômicos de realização dos atos processuais³⁴.

Nesse diapasão, não se justifica o sacrifício do direito fundamental à ampla defesa pelo só fato de haver provas a serem produzidas por carta precatória. Esse arranjo certamente não resiste ao crivo do princípio da proporcionalidade, em juízo de ponderação entre princípios.

33 Nesse sentido, aplaudimos a recente edição da Portaria nº 6.710/CGJ/2021, da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, prevendo que “os depoimentos pessoais, as oitivas de testemunhas e vítimas residentes fora da comarca e, quando for o caso, os interrogatórios de réus presos na forma do art. 185 do Código de Processo Penal, no âmbito do Estado de Minas Gerais, relativos a processos de quaisquer competências, que tramitam em meio físico ou em meio eletrônico, nas unidades judiciárias da Justiça de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais, serão realizados por sistema de videoconferência” e que apenas “excepcionalmente, poderá ser expedida carta precatória para a oitiva da pessoa no juízo de sua residência, desde que devidamente fundamentada a necessidade” (art. 1º). A medida veio em boa hora, lançando mão de recursos tecnológicos modernos à disposição para a realização dos atos e tornando exceção o que, até então, era regra: a necessidade de expedição da antiga carta precatória para simples oitiva de vítima ou testemunha. A Portaria pode (e assim esperamos) até mesmo esvaziar, em alguma medida, a discussão proposta neste trabalho, diante da solução que traz à celeuma. De toda forma, o problema persistirá, seja em relação aos casos em que a expedição de carta se faça necessária, seja em relação aos casos de produção probatória em outra Unidade da Federação, não abrangida pelo referido ato normativo estadual.

34 Tudo quanto aqui dito se refere às hipóteses de cartas precatórias. O presente trabalho não se propõe a discutir a questão de processos penais que envolvam produção probatória por carta rogatória, pois aí sim se vislumbra uma justificável dificuldade de efetivação dos atos, na medida em que a questão sai do controle do Poder Judiciário nacional e passa a depender de autoridade estrangeira, sobre a qual o Juízo brasileiro, em regra, não exerce influência. Assim, nesses casos, o raciocínio a ser construído deve ser diferente. Deixa-se aqui a questão em aberto para futuras reflexões, que fogem ao limitado escopo deste trabalho.

Outro argumento que poderia ser erigido em favor da jurisprudência tradicional é, exatamente, aquele do qual ela, expressamente, se valia: a interpretação literal do art. 222 do CPP. Se a própria lei prevê que a expedição de precatórias não suspende a instrução, não haveria fundamento legal para não se poder realizar o interrogatório na pendência de cumprimento da missiva.

Também essa proposta não nos convence.

A redação do art. 222 do CPP é, ainda, aquela original do *codex*, datada de 1941. Por outro lado, o deslocamento do interrogatório para o final da instrução operou-se por leis reformadoras do estatuto processual do ano de 2008. Assim, considerando a principiologia subjacente às novas previsões, mostra-se sustentável o entendimento de terem os §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP perdido sua aplicabilidade, ao menos no que tange ao interrogatório.

Tal proposição alinha-se, inclusive, à fundamentação do voto do Ministro Dias Toffoli no julgamento paradigmático alhures analisado, no sentido de que a *lex mitior* deve ser aplicada em detrimento de outras disposições legais com as quais conflite.

Ademais, essa interpretação é placitada, ainda, pela literalidade do art. 400 do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/08, o qual estatui que:

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.

Veja-se que a Lei de 2008 incluiu a ressalva quanto ao disposto no art. 222 do CPP logo após a menção à ordem de inquirição das testemunhas, pondo, apenas ao final, a realização do interrogatório. A exegese que aqui se propõe, portanto, é a de que a menção feita à exceção do art. 222, conforme redação dada pela Lei 11.719/08, não abala a previsão de dever o interrogatório ser, sempre, o último ato da fase instrutória. Ela apenas pode levar à inversão da ordem natural de realização dos atos no que tange à oitiva do ofendido e de testemunhas, de modo a, por exemplo, ouvir-se uma testemunha arrolada pela defesa antes da oitiva de uma testemunha arrolada pela acusação, a ser realizada por carta.

Não fosse essa a *ratio* da Lei de 2008, por certo, a expressão *ressalvado o disposto no art. 222 deste Código* (contida no art. 400 do CPP, acima transcrito) não viria na posição em que veio, mas sim ao final do artigo,

após a menção ao interrogatório. Da forma como redigido o artigo acima transcrito, está claro, a nosso ver, que a ressalva feita ao disposto no art. 222 do CPP apenas se refere à ordem *ofendido – testemunhas arroladas pela acusação – testemunhas arroladas pela defesa*. Após tudo isso, interroga-se, *em seguida*, o acusado.

Reforça tal entendimento, inclusive, a percepção de que o art. 222 do CPP está inserido no Livro I (“Do processo em geral”), Título VII (“Da prova”), Capítulo VII (“Das testemunhas”), e não no Capítulo III (“Do interrogatório do acusado”) ou mesmo no Capítulo I (“Disposições gerais”). É dizer, trata-se de norma atinente à produção da prova testemunhal, em nada relacionada ao interrogatório.

Já adotamos esse posicionamento há tempos, desde o período em que ele não encontrava eco na jurisprudência dominante sobre a matéria³⁵.

Os ventos, porém, mudaram. Em julgamento ocorrido em 09 de dezembro de 2020, a Terceira Seção do STJ, por unanimidade, promoveu verdadeiro *overruling* sobre os diversos julgados do Tribunal sobre a questão, passando a se posicionar na linha do que foi aqui defendido.

No *habeas corpus* 585.942/MT, o Tribunal entendeu que o interrogatório deve ser o ato final da fase instrutória, mesmo nos casos em que há expedição de precatórias para a produção de provas em Juízo diverso³⁶.

O julgamento é paradigmático, por se tratar de alteração de jurisprudência procedida, à unanimidade, pela Terceira Seção (colegiado que reúne os Ministros da Quinta e da Sexta Turmas, órgãos fracionários com competência penal) do STJ, Tribunal constitucionalmente incumbido da uniformização da interpretação da lei federal (art. 105, III, da CR/88). Deve, portanto, ser objeto de atenção por todos que atuam no processo penal (membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Defensoria Pública e da advocacia).

Alguns pontos da decisão merecem destaque, para que não haja interpretações equivocadas do julgado.

Conforme alertado pelo Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, é importante pontuar, em primeiro lugar, que o julgamento não se referia à oitiva de testemunhas arroladas pela defesa antes de oitiva de testemunhas

35 XXX, *op. cit.*, p. 178-180.

36 HC 585.942/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 09/12/2020, DJe 14/12/2020. No mesmo sentido, já tomando tal julgado como precedente: RHC 137.339/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 15/12/2020, DJe 17/12/2020.

arroladas pela acusação (ou à oitiva de testemunhas antes do ofendido), nos casos de expedição de carta precatória para a realização de qualquer desses atos. Para essas situações, é inteiramente aplicável o art. 222 do CPP, não havendo qualquer óbice à inversão da ordem dos atos trazida como regra geral pelo art. 400 do CPP, conforme expressa ressalva deste dispositivo, já aqui analisada.

Em segundo lugar, o eminente Relator faz outro importante alerta: o que possibilita o prosseguimento da instrução, com regular condução do interrogatório enquanto último ato da fase instrutória, é a realização do ato pelo Juízo deprecado (é dizer, a produção da prova – em regra, a oitiva da testemunha ou do ofendido), não a devolução da missiva cumprida e sua juntada aos autos da ação penal.

Cremos que esse ponto é de suma importância no trato da matéria. Dele se extrai que eventual morosidade na devolução da carta precatória em nada prejudicará o prosseguimento da instrução, já que, produzida a prova objeto da carta, o Juízo deprecante estará autorizado a proceder ao interrogatório, ainda que a prova alhures produzida ainda não esteja juntada aos autos de origem.

A razão é simples: a produção da prova, no Juízo deprecado, deve sempre se dar, por certo, na presença da acusação e da defesa. Uma vez produzida, presume-se, legitimamente, que ambas já têm conhecimento dela, independentemente da juntada da carta aos autos principais.

Reforça-se, assim, a unidade do Ministério Público, o que, importante reconhecer, pode trazer ao membro que participar do ato no Juízo deprecado o ônus de, em determinado caso, repassar ao membro que oficia nos autos principais um relato do que ocorrido, levando a seu conhecimento informações que podem ser relevantes para o prosseguimento da instrução (como perguntas a serem formuladas em sede de interrogatório, por exemplo, já que este estará automaticamente autorizado)³⁷.

Da mesma forma, tal ônus recairá também sobre a defesa. Assim, ao ser nomeado pelo Juízo deprecado apenas para aquele ato, o membro da Defensoria Pública ou da advocacia deve estar ciente, agora, de que seu múnus não se esgota na simples participação naquela audiência, senão engloba o dever de, sendo o caso, comunicar o que ocorrido, por conta própria, ao defensor nos autos principais, sob pena de exercício infiel do encargo recebido.

37 Diante da reconhecida dificuldade prática de assim se proceder em todos os casos, parece mais razoável que caiba ao membro do Ministério Público oficiante no feito principal o dever de, em sendo o caso, solicitar tais informações junto ao colega oficiante perante o Juízo deprecado, e não o contrário.

Prosseguindo, tem-se que, em terceiro lugar, o Tribunal assentou que eventual nulidade decorrente da realização do interrogatório na pendência da produção de provas por precatória deve ser arguida de imediato, quando da realização do ato, sob pena de preclusão.

Quanto a esse ponto, a decisão não se aprofunda na discussão acerca da necessidade de demonstração de prejuízo para acolhimento de tal alegação de nulidade.

O voto do eminente Relator, acompanhado por todos os demais integrantes do colegiado, parece caminhar no sentido de que a nulidade reclamaria demonstração de prejuízo. Afinal, se se atribuiu a sanção processual da preclusão à não arguição da questão em momento oportuno, pode-se razoavelmente concluir que tal nulidade foi vista como de natureza relativa, em relação à qual, tradicionalmente, se exige demonstração de efetivo prejuízo³⁸.

Por sua vez, o eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, em voto de declaração, consignou seu entendimento pela prescindibilidade da demonstração de prejuízo, trazendo julgado da Sexta Turma, de sua relatoria, nesse sentido³⁹.

A nosso juízo, é certo que eventual declaração de nulidade do feito por realização do interrogatório antes da colheita de provas via precatória requer demonstração do prejuízo, nos exatos termos do art. 563 do CPP⁴⁰. Entendimento contrário, com o devido respeito, implicaria injustificável formalismo.

Ora, imagine um caso em que, após o interrogatório, é ouvida, via precatória, uma testemunha arrolada pela acusação que se manifesta exatamente como já feito pelas demais testemunhas (ouvidas antes do interrogatório), sem absolutamente nada de diferente trazer. Declarar-se a nulidade do ato em um caso tal, com retrocesso da marcha processual, parece despropositado.

Defendemos, portanto, que a declaração de nulidade decorrente da condução do interrogatório antes da realização da prova via precatória submete-

38 Em verdade, a jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de que “o reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, ainda que absolutas, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP - pas de nullité sans grief (...)” (HC 504.461/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 8/08/2020, DJe 24/08/2020).

39 REsp 1808389/AM, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 20/10/2020, DJe 23/11/2020.

40 Em relação a esse dispositivo, registre-se que o mesmo Ministro Rogério Schietti Cruz já assentou, na mesma linha do julgado referido na nota n. 38, *supra*, que “esta Corte Superior tem entendimento de que, em homenagem ao art. 563 do CPP, não se declara a nulidade do ato processual - seja ela relativa, seja absoluta - se a arguição do vício: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte (...)” (HC 460.697/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 12/02/2019, DJe 08/03/2019).

-se, sim, à regra do art. 563 do CPP⁴¹. Incumbe à parte que alegar o vício demonstrar como o réu foi prejudicado pela forma como se deram os atos, indicando concretamente, por exemplo, em que ponto o interrogatório poderia ter sido diferente, se realizado após a colheita daquela prova.

5. Conclusão

Diante dos comandos da CR/88, com suas previsões do direito ao silêncio e da ampla defesa enquanto direitos fundamentais, concluímos que o interrogatório, no Estado brasileiro, tem contornos de meio de defesa. O legislador ordinário observou esse estatuto, procedendo a reformas processuais que adequaram a figura legal à tônica constitucional, o que culminou no posicionamento do interrogatório como último ato da fase instrutória, por meio das Leis 11.689/08 e 11.719/08.

Após a evolução legal, foi a vez de a jurisprudência também revisitar a questão. Após idas e vindas, firmou-se, no âmbito dos Tribunais Superiores, o entendimento de que a inovação introduzida pelas referidas Leis aos procedimentos do Tribunal do Júri, ordinário e sumário, deveria ser aplicada também a outros procedimentos, regidos por leis especiais. Reforçou-se, assim, o caráter do interrogatório enquanto meio de defesa, assegurando-se a qualquer réu em processo penal o direito de ser ouvido pelo Juiz da causa após a produção de todas as demais provas que influirão na decisão final.

Mesmo assim, permanecia esquecida, ainda regida pelo raciocínio já superado quanto a todos os outros aspectos do interrogatório, a questão referente aos processos em que há produção probatória perante Juízo distinto, a ser efetivada por meio da expedição de carta precatória.

Após recente decisão do STJ, entretanto, a matéria foi equalizada: com ou sem precatória, o interrogatório deve ser o último ato da fase instrutória da ação penal.

Concluímos pelo acerto da decisão, a qual vem em arremate a toda a construção dogmática do interrogatório enquanto meio de defesa. E, se é defesa, não pode ser legitimamente prejudicada por circunstância própria da estrutura do sistema de justiça. Adotados os procedimentos corretos, a simples expedição de precatórias não impede a conservação do interrogatório como encerramento da instrução, parecendo-nos que o sacrifício do direito à ampla defesa em casos tais, em prol, supostamente, da efetividade ou da duração razoável do processo, não resiste ao crivo do princípio da proporcionalidade.

41 O que, necessário pontuar, certamente torna improvável o reconhecimento do vício em casos de interrogatório realizado antes da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, não por qualquer incompatibilidade teórica, mas pela experiência prática, considerando o teor que comumente têm tais depoimentos.

6. Referências

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

XXX. O interrogatório no processo penal sob a óptica da teoria dos jogos. A relevância do momento da oitiva do acusado. *Revista de Estudos Criminais*, v. 71, p. 159-183, 2018.

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

_____. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol 2. 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961.

MORAES, Maurício Zanoide de. Interrogatório: uma leitura constitucional. In. ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 2003. p. 334-43.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Gisele Mendes. *O direito ao silêncio no processo penal brasileiro*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Vol. 1. 8. ed. de acordo com a CF/88. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 3. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILELA, Augusto Tarradt. A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 124/2016, p. 105-41, out/2016.

LUCAS PARDINI GONÇALVES

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela mesma Instituição, com indicação ao Prêmio Barão do Rio Branco. Especialista em Direito Público pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático - Centro de Direitos Humanos de Coimbra. Ex-Assessor Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Autor de livro e artigos publicados, com foco nas áreas de Direito Penal e Processo Penal.