

O novo regime legal do interrogatório

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Com o advento da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, a disciplina legal do interrogatório judicial vem de sofrer profundas alterações ao permitir-se a participação das partes naquele relevante ato processual.

2. Antes de examinar a nova lei, impende tecer algumas considerações a respeito da natureza jurídica do interrogatório.

A matéria sempre foi objeto de tertúlia entre os estudiosos do processo penal, embora, na prática, uma vez adotado, em nosso Código, o sistema do livre convencimento do juiz (art. 157 do CPP), o tema não merecesse tanta ênfase. Não seria, assim, pelo fato de o réu quedar-se silente que o juiz iria absolvê-lo nem tampouco em função da sua confissão que o magistrado haveria de condená-lo.

Porém, sempre lavrou grande controvérsia no meio da doutrina a respeito da natureza jurídica do interrogatório, embora, repito, sem grande interesse prático.

Examinando a questão, tive a ocasião de assinalar:

“No regime do Código, o interrogatório viu-se inserido entre os meios de prova (Capítulo III, do Título VII, do Livro I, nos artigos 185 a 196). A “Exposição de Motivos” do CPP, em seu nº VII, é expressa ao afirmar que ‘outra inovação em matéria de **prova**, diz respeito ao interrogatório do acusado...’ Mesmo antes do advento da Carta Política de 1988 já reinava discussão no seio da doutrina a respeito da natureza jurídica do interrogatório, não sendo poucos os doutrinadores que viam aquele ato do processo como meio de defesa do réu. Com efeito, não se pode negar que é através do interrogatório que o réu realiza, de forma mais efetiva e completa, a autodefesa. É, sem dúvida, o ato mais expressivo de defesa material.

Sempre entendi que a disputa apresentava mais interesse doutrinário que prático, pois, diante do

sistema da livre convicção motivada adotado em nossa lei processual, o valor do ato seria relativo, podendo o juiz apreciá-lo como entendesse cabível diante do caso concreto, pouco importando sua posição teórica a respeito da matéria. " ¹

Não há negar que nossa Constituição Federal, assegurando ao réu o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), emprestou ao interrogatório, sem sombra de dúvida, um colorido nítido de ato de defesa, que, agora, com a Lei que estamos examinando, volta a perder terreno para que se vislumbre naquele ato, igualmente, um importante meio de prova.

3. A Lei 10.792/2003, como tantas outras recentemente elaboradas, não prima pela boa técnica legislativa. Com efeito, ela integra as chamadas reformas setoriais que, há muito, vêm sendo implementadas em nosso Código de Processo Penal, dando nova feição a diversos assuntos nele regulados. O novo diploma legislativo misturou matérias que não guardam qualquer relação entre si. Com efeito, seu artigo 1º está voltado para alterações da Lei 7210 de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal), ao passo que o art. 2º trata das alterações do Código de Processo Penal, relacionadas com o interrogatório em juízo (arts. 185 a 196) bem como formula nova redação aos arts. 261 e 360 do mesmo Código. Já em seus arts. 3º a 9º retoma a regulação da matéria de execução para, no art. 10, volver ao interrogatório, ao revogar o art. 194 do CPP. Como de fácil observação, trata-se de um primor de falta de técnica legislativa, ao reunir, de cambulhada, temas processuais diversos, agrupando numa mesma lei um *mélange* de atos relacionados com o processo de conhecimento com outros específicos do processo de execução. E, pior que tudo, cuida, inicialmente, de matéria de execução! Em outras palavras: começa pelo fim...

No presente estudo deixaremos de lado a matéria de execução, examinando, tão-somente, o interrogatório, razão de ser do presente estudo, bem como as alterações sofridas pelos arts. 261 e 360 do CPP.

4. Vem de longe o entendimento doutrinário que defendia o cabimento da intervenção do Ministério Público no interrogatório do réu à luz da Carta Magna de 1988. Em trabalho apresentado em 1992, por ocasião do XIII Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ², o Professor WALBERTO FERNANDES DE LIMA salientava que o interrogatório do acusado sem a intervenção do *Parquet* seria um ato inquisitorial, já que presentes somente juiz e réu, pelo que se tornava incabível, diante do atual texto constitucional, que assegurou a aplicação do contraditório em todos os níveis, a ausência do Ministério Público. Baseado na tese do Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Octavio Augusto Simon

¹ "A disciplina legislativa da prova penal", in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 18 e seguintes, nota 16, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

² LIMA, Walberto Fernandes de, "Do cabimento da intervenção do Ministério Público no interrogatório do réu à luz da Constituição Federal de 1988", in *Revista do Ministério Público*, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 02, 3ª fase, pp. 181 e seguintes, 1995.

de Souza, quando da realização do 9º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador - Bahia, salientava aquele douto Promotor de Justiça fluminense que o "o advogado do réu faz perguntas à vítima, e isto se ela vier a sobreviver...", não se justificando, assim, a quebra do contraditório.

5. Passemos, após tais considerações preliminares, ao estudo da nova lei, atendo-me, inicialmente, à parte referente ao interrogatório.

O grande mérito do novo diploma legal consiste na adaptação do Código de Ritos aos ditames preconizados na Carta Política de 1988. Por outro lado, a novidade maior reside no fato de assegurar-se a participação das partes naquele relevante ato processual, ainda que a lei não se tenha esmerado em imprimir à matéria uma redação mais precisa.

O art. 185, *caput*, prevê que o interrogatório do réu se fará "na presença de seu defensor, constituído ou nomeado".

Em deplorável omissão, deixa de lado o Ministério Público, parte autora nas infrações penais de ação pública.

Mas é evidente que sua presença torna-se indispensável, sob pena de violar-se a Constituição Federal, que assegura o devido processo legal e o contraditório (art. 5º, LV). Se as partes vão participar do ato que sejam ambas. Que ambas se façam presentes ao interrogatório, formulando perguntas se assim entenderem.

Por outro lado, nos crimes de ação penal de iniciativa privada, da mesma forma, deverá estar presente o advogado do querelante, pena de perempção (art. 60, III, proêmio, do CPP). No regime anterior, onde as partes não tinham ingerência direta no interrogatório, o não comparecimento do querelante e de seu advogado, segundo entendimento jurisprudencial, não acarretava a perempção³. Penso, porém, que nada impedia a presença do patrono do querelante, tendo em conta o mandamento inscrito no art. 394 do CPP.

Não chega a ser novidade a convocação dos interessados para o interrogatório. Com efeito, o art. 394 do CPP assinala como necessária a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente. Tal dispositivo encontra-se no chamado "processo comum" (Livro II, Título I, Capítulo I), que, como sabido, serve de subsídio para qualquer outra modalidade de procedimento.

De outra forma, merece registro que a ausência do defensor do acusado no interrogatório judicial, tanto quanto me foi dado saber, jamais foi motivo para anular qualquer processo. No sentido do texto, veja-se: STF, HC 67.609, DJU de 15.9.89, p. 14512; TACrim SP, RJTACrim SP 30/445⁴.

Na atualidade tal não se dá, tendo em vista a nova redação do art. 185 do CPP, que exige a presença do defensor do imputado, seja ele constituído, seja ele dativo.

³ Jesus, Damásio E. de, in *Código de Processo Penal Anotado*, p. 74, Editora Saraiva, 20ª edição, atualizada, 2003.

⁴ Indicação jurisprudencial na *ob. cit.* in nº 03 dessas notas, p. 310.

Na redação originária do Código de Processo Penal, a regra contida no art. 394 do CPP haveria de ser entendida como indicação facultativa da presença dos interessados tão somente para a fiscalização do ato, ao contrário do que ocorre na atualidade, em que sua atuação passou a ser participativa, pois lhes é facultado formular perguntas ao réu.

6. Outra inovação decorrente da nova lei vem contida no parágrafo primeiro do art. 185 ao permitir que o acusado preso seja interrogado no próprio estabelecimento prisional em que se encontra recolhido. Para tanto, haverá sala própria, com garantia para a segurança do juiz e de seus auxiliares, assegurando-se a presença do defensor e a publicidade do ato.

A providência, embora elogiável, dificilmente poderá encontrar aplicação na prática, dada a notória precariedade em matéria de segurança de nossos estabelecimentos prisionais, sempre às voltas com rebeliões, havendo, assim, sério risco para o juiz, para as partes e auxiliares que participarem do ato. Ela, sem dúvida, teve em mira evitar o deslocamento até o fórum de acusados portadores de grande periculosidade, objetivando impedir sua fuga ou eventual resgate por parte de comparsas, tal a audácia, como é notório, do crime organizado em nossos dias.

Talvez fosse de melhor alvitre que se estabelecesse o interrogatório por videoconferência (“*on line*”). Porém, torna-se compreensível a cautela do legislador, pois a jurisprudência, pelo menos até o momento, encontra-se dividida, havendo manifestações favoráveis ao interrogatório “*on line*” (TACrim SP, RJTACrim SP, 33/377) bem como outras no sentido da sua invalidade (TACrim SP, RJTACrim SP 33/382). Por sua vez, o STJ, chamado a manifestar-se sobre a matéria, não a vedou de todo, desde que a saída do réu do estabelecimento prisional venha a acarretar algum perigo (5ª Turma, RT 742/579) ⁵.

Além das observações de ordem prática acima destacadas, haveria um fator complicador para a aplicação do parágrafo primeiro em comento. Refiro-me à publicidade do ato processual que ficaria seriamente afetada (art. 792 do CPP), pois, em regra, o juiz teria que limitar o número de pessoas que pudessem estar presentes ao ato, realizando-o a portas fechadas (art. 792, § 1º do CPP), uma vez que não seria possível permitir-se o ingresso no presídio de número indeterminado de pessoas, tal como ocorre no foro, para presenciar o interrogatório. A publicidade genérica, em tal caso, deixaria de ser a regra. Esta seguiria o comando contido no parágrafo primeiro do aludido art. 792, restando, assim, mitigado o princípio da publicidade dos atos processuais.

Mais uma vez o legislador omitiu-se quanto à presença do Ministério Público, referindo-se apenas ao juiz e auxiliares e ao defensor (parágrafo primeiro do art. 185 do CPP).

Será que o legislador ignora que o devido processo legal impõe o contraditório (art. 5º, LV, da CF)? Ou, ainda mais grave, inclui o *Parquet* entre os “auxiliares” do juiz?

⁵ Indicação jurisprudencial na *ob. cit.* in nº 03 dessas notas, p. 172.

Também, reafirme-se, não se poderá falar em publicidade plena de um ato, como afirma a lei, que, para toda evidência, é realizada nas condições indicadas no parágrafo primeiro do art. 185, em sua nova redação. Vale a ponderação no sentido de que a publicidade ampla é a regra do processo, não somente em razão da lei processual mas, *principaliter*, por força do art. 5º, LX da Constituição Federal.

O direito de entrevista reservado ao réu com seu advogado antes da realização do interrogatório, agora garantido em lei (parágrafo segundo do art. 185), já era, na prática, concedido pelos juízes bons e zelosos. Vejo nele um complemento da garantia constitucional da ampla defesa. Em São Paulo, a Corregedoria-Geral da Justiça, por intermédio do comunicado n. 263/83 já recomendara aos juízes providência no sentido da "realização de entrevistas entre os réus e seus defensores antes do interrogatório judicial" (D.J.E. 10.12.83, p. 14) ⁶.

A medida, agora legal, sem dúvida salutar, veio tornar obrigatório o contato do réu com o seu defensor, ainda que não venha a ser requerido pelo interessado. A redação do dispositivo em exame estabelece que o juiz "assegurará" o direito à entrevista. Faltou, porém, uma complementação importante ao preceito em exame; refiro-me à necessidade de que aquele contato, embora reservado ao réu e ao seu defensor, se faça em local onde haja total segurança de maneira a evitar eventual fuga ou algo mais grave, notadamente quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça ou quando o réu seja pessoa de alta perigosidade.

Averbe-se, ainda, que o "Estatuto da Advocacia e da OAB" (Lei 8.906, de 04.07.1994), em seu art. 7º, III, já assegurava ser direito do advogado "comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis".

Agora tal direito à comunicação torna-se mais amplo, podendo o advogado entrevistar-se com seu cliente, antes do interrogatório, em qualquer caso, mesmo quando se trate de réu solto. Incumbe registrar que a entrevista reveste-se de especial importância quando o acusado for assistido por defensor dativo que, de comum, ainda não teve a oportunidade de manter contato com o seu constituinte.

Como somente no momento do interrogatório é que se poderá saber se o acusado será assistido por defensor dativo, caberá ao cartório providenciar, com a devida antecedência, mediante indagação ao réu, se ele constituiu advogado ou não. No caso de defensor constituído, igualmente, se assegurará a entrevista reservada, mas ela não se apresenta com a mesma necessidade pois, normalmente, ele já conferenciou com seu cliente.

Embora a lei não o diga, convém que fique registrado na assentada respectiva que o réu manteve contato com o seu defensor antes de iniciar-se o

⁶ Indicação jurisprudencial na *ob. cit.* in nº 03 dessas notas, p. 172.

interrogatório ou, ainda, que a defesa abriu mão da entrevista prévia. Dessa maneira, a providência ficará documentada.

7. O art. 186 do CPP consagra o direito ao silêncio, com a ressalva contida em seu único parágrafo de que ele não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Registrei, em trabalho doutrinário antigo, que a parte final do art. 186 do CPP não se vira recepcionada pela nova ordem constitucional ⁷. Embora o art. 5º, LXIII da nossa Carta Política faça alusão somente ao preso, seria destituído de sentido assegurar o direito ao silêncio somente a ele, tanto mais que, como de trivial sabença, a regra no processo penal é a de que o réu responda solto ao processo. Por que só réu preso haveria de gozar do privilégio? A Constituição Federal, ao referir-se ao preso, quis apenas protegê-lo de forma mais contundente sem que isto importe em limitação de igual direito ao réu solto.

Dessa forma, a advertência da parte final do art. 186 do CPP, na sua redação primitiva, contrastava com o preceito constitucional. Na atualidade, do silêncio nada se extrai, nem para o bem nem para o mal. Aliás, seria um contra-senso que a Constituição Federal assegurasse ao réu o direito ao silêncio e a lei processual afirmasse que este mesmo silêncio poderia importar em prejuízo da própria defesa.

Inexiste no processo penal a confissão tácita. Toda confissão há de ser expressa.

Da mesma maneira, a jurisprudência do Pretório Excelso, em mais de uma oportunidade, já assinalara que o silêncio do réu não importa em auto-incriminação, não mais prevalecendo a advertência contida na parte final do art. 186. (STF, HC 75616, 1ª Turma, j. de 14-XI-97, in RT 748/563 e RT 753/538) ⁸.

Dessa maneira, a lei nada mais fez que disciplinar a matéria no sentido da orientação seguida pela doutrina e pela jurisprudência do Pretório Maior.

8. O art. 187 do CPP teve sua redação alterada no *caput* e, parcialmente, em seus parágrafos. Ele está dividido em duas partes: a primeira referindo-se à pessoa do acusado (parágrafo primeiro) e a segunda voltada para os fatos (parágrafo segundo).

Entendo que as indicações relacionadas com a pessoa do réu são de relativa importância, pois o juiz não tomará por base as afirmações do acusado a seu respeito ou a propósito do seu passado penal para decidir. Tais dados deverão estar provados nos autos.

Quanto aos fatos, o Código, em sua nova redação, repete, em linhas gerais, o que já constava do antigo art. 188.

Na prática, os juízes não seguiam com rigor a ordem estabelecida no derogado art. 188 como, acredito, não deverão obedecer a seqüência ora fixada no atual parágrafo segundo do art. 187. Na realidade, os oito incisos ali enunciados servirão como mero roteiro programático para o juiz, parecendo-

⁷ In *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 16, pp. 236 e seguintes, 2000, Rio de Janeiro.

⁸ Referência jurisprudencial na *ob. cit.* in nº 03 dessas notas, p. 173.

me, porém, que há neles certo resquício do antigo sistema das provas legais. No sistema do livre convencimento (art. 157 do CPP), o juiz não deve ficar vinculado a amarras, mas, ao contrário, perguntar o que entender cabível na ordem que lhe aprouver.

No entanto, a nova redação contém algumas impropriedades, ao cuidar das provas (inciso IV) e das testemunhas e do ofendido (inciso V) como se fossem assuntos distintos. Em verdade, os últimos não passam de espécies do gênero prova, bastando a referência indicada no inciso IV.

9. A grande inovação contida na disciplina legal do interrogatório vem assinalada no art. 188 ao estabelecer que, ao final daquele ato, “o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido”, ensejando a que elas formulem perguntas, se as entender “pertinentes e relevantes”.

Duas observações:

- a) mantém-se o sistema presidencial quanto ao interrogatório, tal como ocorre com as testemunhas (art. 212 do CPP). Em outras palavras, é o juiz quem, por primeiro, interroga o réu e as perguntas das partes são feitas por seu intermédio;
- b) seria de bom alvitre que a lei mandasse constar do ato as perguntas acaso indeferidas bem como as razões que motivaram a sua não-formulação ao acusado. Desde o momento em que se vai admitir a participação das partes no interrogatório, ela deve ser plena. Não ficando registro no termo, como poderá a parte alegar, no futuro, cerceamento para a acusação ou para a defesa, conforme o caso? Como está redigida a lei, a valoração a respeito da pertinência ou da relevância da pergunta formulada pela parte fica por conta exclusiva do juiz, não dando margem a qualquer protesto da parte, o que, sem dúvida, não condiz com o devido processo legal. Penso, porém, que o silêncio da lei não impede a providência alvitrada, que é a que melhor se afeiçoa com a noção de um processo democrático.

10. A Lei 10.792/2003 facultou ao interrogando, caso venha a negar a acusação, prestar os esclarecimentos que entender cabíveis assim como indicar as provas que lhe pareçam adequadas. É mera faculdade do réu (a lei diz “poderá”) e assim deve ser. Com efeito, se o acusado tem direito ao silêncio, que dizer quando ele nega a imputação? Portanto, poderá o réu negar, pura e simplesmente, a acusação contra ele formulada sem nada aludir em favor da sua alegação. Dessa maneira, não se admite que o juiz, no caso de negativa, exija do acusado que apresente as provas de que dispõe da sua alegada inocência ou que venha prestar maiores esclarecimentos a respeito dos motivos da sua atitude.

Diverso é o tratamento dado pela lei no caso de confissão da autoria (art. 190 do CPP). Aqui ele será chamado a indicar “os motivos e circunstâncias e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam”.

Justificava-se o cuidado do legislador pois, em tal hipótese, há auto-incriminação por parte do acusado. Como o juiz não está adstrito à confissão do

acusado, em razão do sistema do livre convencimento (art. 157 do CPP) e do princípio da verdade real, informadores do processo penal em matéria de prova, cabe ao magistrado perquirir até que ponto aquela confissão traduz a verdade.

Demais disso, não se pode esquecer que a auto-acusação falsa é crime contra a administração da justiça (art. 341 do CP), motivando, ainda mais, a exigência legal constante do art. 190 do CPP. Reafirme-se, ainda uma vez mais, que ao Estado somente interessa a condenação do verdadeiro culpado.

O mesmo dispositivo faz alusão à “confissão da autoria”. Melhor teria dito o legislador se usasse somente a expressão “se o réu confessar” ... Explico-me: é que o reconhecimento de autoria por si só não importa em confissão. Confissão, em boa doutrina, nada mais é que o reconhecimento por parte do réu da sua própria responsabilidade. Por tal razão, entendo que a chamada confissão qualificada destoa de um conceito técnico do que seja confissão e, como tal, não pode ser admitida. Volto a esclarecer meu pensamento: se Tício, ao agredir Caio, vem a causar-lhe lesões corporais, mas alega em seu favor que obrou em legítima defesa, causa excludente da ilicitude, ele não estará confessando mas apenas reconhecendo a autoria material do fato.

Dessa maneira, sempre que o acusado, embora reconhecendo a autoria, sustente em seu prol qualquer fato ou circunstância que exclua o crime ou que o isente de pena, ele não está confessando ⁹.

Compreende-se, agora, a ressalva que se impõe à redação do art. 190 do CPP, que, por sinal, não sofreu qualquer alteração em função do novo regime legal do interrogatório, pois mantida a fórmula originária constante do Código.

11. O atual art. 191 do CPP consagra o princípio da pureza da prova. A matéria já estava prevista no art. 189 do mesmo Código em sua redação primitiva. Observe-se que a lei, em todo o decorrer da prova oral, sempre exige que ela seja colhida de maneira que a palavra de um dos sujeitos da prova oral não possa influenciar na de outro. Aqui, no interrogatório, sempre que houver co-réu, cada um deles será interrogado separadamente (art. 191, antigo art. 189). Quando da inquirição das testemunhas, a lei volta a exigir que elas prestem declarações “cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras” (art. 210 do CPP). Tal dispositivo aplica-se, por analogia (art. 3º do CPP), ao ofendido (caso haja mais de um, evidentemente), uma vez que ele foi tratado em único artigo (201) pela lei processual básica. É caso de aplicação do brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Da mesma forma, ao cuidar do reconhecimento de pessoas e coisas, o Código exige a prova em separado, desde que mais de uma pessoa venha a ser chamada a efetuar o reconhecimento (art. 228).

Em todos estes casos, evita-se qualquer comunicação entre as pessoas chamadas a produzir a prova de maneira que não haja qualquer

⁹ Para um exame minucioso a respeito do conceito de confissão e da distinção que existe entre ela, confissão, e mero reconhecimento de autoria, o interessado poderá encontrar algum subsídio em meu estudo “O desvalor da confissão policial”, in *Revista da AJUFE* (Associação dos Juizes Federais), ano 17, nº 59, out./dez. - 1998, pp. 399 e seguintes.

comprometimento quanto à idoneidade e ao valor real que suas declarações possam merecer. Demais disso, afasta-se a influência que o depoimento de uma pessoa possa exercer sobre a fala de outra.

12. O disposto nos arts. 192 e 193 do CPP, no regime da nova lei, não apresenta qualquer alteração, pois mantém a disciplina anterior estabelecida no Código dos anos 40.

Perdeu-se a oportunidade de corrigir a defeituosa redação do art. 193 do CPP. Com efeito, a respeito do mencionado dispositivo, tive a oportunidade de tecer as seguintes considerações:

“ Ainda em termos de interrogatório, convém proceder-se correção à redação do art. 193. A locução correta do texto, ao meu sentir, daria ao art. 193 a seguinte feição: ‘quando o acusado não falar a língua nacional, o interrogatório será feito pelo juiz por meio de intérprete’. Não é o intérprete quem interroga o réu, como consta da lei, e sim o juiz. O intérprete funciona como mero instrumento de que se vale o juiz naquela circunstância especial” ¹⁰

13. A Lei 10.792/2003 revogou, com inteiro acerto, o art. 194 do CPP, que perdeu sua razão de ser em função do advento do novo Código Civil. Com efeito, dispunha o texto legal em exame que, se o acusado fosse menor, o interrogatório dar-se-ia na presença de curador. Na atualidade, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo, assim, exercer todos os atos da vida civil, desapareceu a necessidade da nomeação de curador, que se destinava, exclusivamente, a suprir a relativa incapacidade do menor. O novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002), que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, em seu art. 5º reduziu a maioridade civil de 21 para 18 anos de idade, revogando, *ipso facto*, o art. 194 do CPP. Agora, veio a lei processual em comento, estabelecendo a revogação expressa do texto legal ora examinado. Foi oportuna a modificação, uma vez que já se ensaiava na doutrina discussão a respeito da matéria, pois, segundo alguns, teria havido derrogação tácita da lei processual, enquanto outros entendiam que os efeitos do novo Código Civil perante o Código de Processo Penal exigiam lei nova, tendo em conta que uma lei civil não poderia interferir numa norma penal ¹¹.

¹⁰ Veja-se, a propósito, o meu estudo a respeito da “Disciplina legislativa da prova penal”, in *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 16, pp. 236 e seguintes, ano 2000.

¹¹ Para um completo exame do tema, consulte-se o estudo intitulado “A nova maioridade civil: reflexos penais e processuais penais”, publicado na *Revista do Ministério Público*, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 17, 3ª fase, Jan-Jun 2003, pp. 113 e seguintes. O trabalho em tela resultou de estudo elaborado pela “Mesa de Ciências Criminais” composta por professores do “Complexo Jurídico Damásio de Jesus”, tendo como coordenador o eminente professor DAMÁSIO DE JESUS e contando com a participação dos professores GIANPAOLLO POGGIO SMANIO, FERNANDO CAPEZ, RICARDO CUNHA CHIMENTI, VÍCTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, VÍTOR FREDERICO KÜMPFEL, ANDRÉ ESTEFAM ARAÚJO LIMA e o próprio DAMÁSIO DE JESUS.

Agora, com o advento da Lei 10.792, de 01-12-2003, *tollitur quaestio!*

14. Não apresenta qualquer registro digno de relevo o novo texto do atual art. 195. Na verdade, houve mera adaptação ao sistema legal a que ficou submetido o interrogatório. O *caput* do antigo art. 195 perdeu sentido, passando o antigo parágrafo único daquela norma legal a compor a redação da lei.

15. Mas há novidade no que respeita ao art. 196. Embora mantido o proêmio da lei anterior, acrescentou-se que o novo interrogatório possa decorrer de providência “de ofício” do próprio juiz ou em razão de pedido **fundamentado** de qualquer das partes. A fórmula decorre do sistema adotado em que as partes podem apresentar perguntas para o réu quando do interrogatório. Dessa forma, desde que venha a surgir fato novo que possa motivar o requerimento das partes ou ainda em razão de que o interrogatório primitivo apresente alguma deficiência grave não constatada no momento do ato, a providência terá sentido, exigindo-se decisão fundamentada do juiz no caso de indeferimento.

Estabeleceu a lei, no meu entendimento com absoluto acerto, a necessidade de que a parte, caso venha a postular a realização de novo interrogatório, dê as razões pelas quais pretende a providência. Com tal determinação evita-se a procrastinação do feito e o uso da alicantina.

Caberá ao juiz decidir, motivadamente, se há fundada razão para que o ato seja renovado.

É evidente que o juiz não precisará do requerimento da parte para tomar a providência caso a entenda cabível.

A lei faz uso do vocábulo “pedido”, quando, na realidade, o que ali se pretende nada mais é que um mero requerimento. Com efeito, a palavra “**pedido**”, no processo penal ou civil, reveste sentido próprio. Assim, o autor **pede** na inicial; aqui, nada mais ocorre que um dos muitos requerimentos ocorridos no decorrer do processo.

O texto legal fez referência ao juiz, mas tal colocação não invalida a aplicação da regra constante do art. 616 do CPP, onde se possibilita a realização de “novo interrogatório”, já agora por determinação emanada do segundo grau de jurisdição, independentemente de requerimento da parte. Aqui, porém, impõe-se uma observação: desde que o recurso seja exclusivo da defesa, não será possível a conversão do julgamento em diligência, caso a prova a ser colhida possa redundar em prejuízo para o réu. Baixando os autos para o “novo interrogatório”, observar-se-á, no primeiro grau, a nova redação da lei, assegurando-se às partes o direito de formular perguntas ao réu caso assim entendam.

16. Afastando-se do interrogatório, o novo diploma legislativo cuidou, igualmente, de aperfeiçoar o parágrafo único do art. 261 do CPP assim como de imprimir nova redação ao art. 360 do CPP.

Vejam, inicialmente, o primeiro daqueles dispositivos.

O parágrafo único do art. 261 do CPP exige, expressamente, a realização de **defesa efetiva**, ao assinalar, com a nova leitura, que ela se faça sempre “através de manifestação fundamentada”. Evita-se, com a determinação, a chamada defesa formal. A lei nem precisava registrar tal exigência, pois a Constituição Federal, ao consagrar a amplitude da defesa (art. 5º, LV), não comporta outra solução

que não seja a consagrada na redação do atual parágrafo único, agora acrescentado ao art. 261 por força da Lei 10.792/2003.

Acode-me uma indagação: a Súmula 523 do STF poderá vir a ser revista?

Com efeito, nela encontra-se estipulado que a deficiência (não a falta) de defesa só causará nulidade "se houver prova de prejuízo para o réu".

Imagine-se, por exemplo, o caso de uma defesa exercitada com deficiente fundamentação. Haverá nulidade?

De acordo com a Súmula 523 - STF não se poderia invocar nulidade, salvo se demonstrado prejuízo para o acusado.

Agora, com a nova redação da lei, ao exigir-se "manifestação fundamentada" da defesa constituída ou dativa, a Súmula 523 do STF restará de pé?

No meu entendimento não haverá razão para revê-la, deixando-se ao juiz, diante do caso concreto, avaliar até que ponto a deficiente fundamentação trouxe real prejuízo para o réu.

De qualquer maneira, não se admitirá a defesa feita por estagiário ou por acadêmico de direito atuando sozinho nem tampouco a defesa exercida por leigo, mesmo que na comarca inexista advogado, fato, quero crer, raro de ocorrer. Nesta última hipótese, caberá ao juiz oficial à seção local da OAB, solicitando a indicação de um causídico "ad hoc".

Em suma: defesa efetiva é a "manifestação fundamentada" que a lei processual exige em consonância com a norma constitucional. Dessa forma, jamais poderá decorrer da atuação de um leigo.

Exige-se sempre, no processo penal, o contraditório homogêneo.

Observe-se, por fim, que o parágrafo único do art. 261 do CPP alude, apenas, ao "defensor público ou dativo", quando exige que a defesa técnica se faça através de manifestação fundamentada. É evidente que a lei disse menos do que pretendeu, pois tal determinação, por óbvio, estende-se, também, ao defensor constituído.

17. Merecedora de encômio a nova redação formulada para o art. 360 do CPP, ao exigir a citação pessoal do réu preso.

O texto legal veio espancar dúvidas que existiam a respeito da citação de réu preso. Havia, na doutrina e na jurisprudência, duas orientações: a primeira, amplamente majoritária, entendia que a citação por mandado era prescindível, tendo em conta a redação anterior do art. 360 do CPP, que exigia apenas a requisição para o interrogatório; a segunda, minoritária, sustentava ser indispensável a citação pessoal, não bastando, apenas, a requisição.

Sempre defendi como certa a última posição.

Na verdade, ao estudar o tema, salientei:

"Merece especial cuidado a chamada 'citação por requisição' do réu preso (art. 360 do CPP). Penso que a regra do art. 360 do CPP deve ser interpretada da forma que se segue: a requisição deve ser dirigida ao Diretor do estabelecimento prisional para que

apresente o preso em Juízo na data aprazada. A providência, no caso, resulta óbvia, pois o preso não dispõe de liberdade de locomoção. Porém, ela não exige o Juízo de mandar citar o réu por mandado de maneira que ele, como de resto qualquer réu, tome ciência da acusação com a necessária antecedência, podendo, dessa forma, preparar sua defesa, tal como exige a Lei Maior (art. 5º, LV). No Rio de Janeiro, há Defensores Públicos designados para dar assistência aos presos na penitenciária e que bem poderão orientar sua clientela, nada impedindo que o próprio preso, em tempo hábil, possa aconselhar-se com advogado de sua confiança.”¹²

Portanto, a nova redação conferida ao art. 360 do CPP importou em valioso aperfeiçoamento de nossa lei processual.

18. Mas não se esgotam ainda nestas singelas anotações as observações que a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, está a exigir. Vejamos, agora, alguns pontos que estão a cobrar algumas considerações.

18.1. Cabe, por primeiro, o registro de que a nova disciplina legal do interrogatório encontra aplicação tão-somente em relação ao interrogatório prestado em juízo. A ouvida policial continua regida pelas normas que presidem o procedimento inquisitivo. Na realidade, o art. 6º, V do CPP manda que a autoridade policial ouça o indiciado com a observância, **no que for aplicável**, do disposto no Capítulo III do Título VII, do Livro I (arts. 185 a 196 do CPP). Resulta claro da leitura da lei processual que não haverá, nesta fase, qualquer participação das partes, até porque não há partes na fase pré-processual. Ali, no art. 6º, V do CPP, a lei manda aplicar o procedimento do interrogatório judicial **no que couber**.

Parece-me que a questão não deva merecer maior discussão, embora já se escutem algumas vozes dissonantes a proclamar a aplicação plena das novas regras ao procedimento investigatório preliminar.

18.2. A nova redação conferida ao art. 188 do CPP, ao permitir a participação das partes no interrogatório, voltou a dar, sem a menor dúvida, um certo teor de meio de prova para aquele ato, sem que ele perca o seu caráter de instrumento de defesa material.

Porém, a lei resultou incompleta. Faltou-lhe, como já assinalado (9, *supra*), o registro de que o juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não guardarem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida, tal como ocorre com a prova testemunhal (art. 212 do CPP). Mais ainda: no caso de recusa à pergunta, deverá constar do termo a razão do indeferimento, para efeito de documentação. Evita-se, com tal providência, o

¹² *Processo Penal – Reflexões*, p. 293, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

arbitrio judicial, garantindo à parte que se vir prejudicada argüir, oportunamente, nulidade por cerceamento de defesa ou de acusação, conforme a hipótese.

Desde o momento em que se permitiu a participação das partes no interrogatório judicial, deve ela dar-se de forma plena, não se justificando qualquer cerceamento ilegal na sua atuação. Uma pergunta pode não parecer ao juiz “pertinente ou relevante”, porém a parte tem o direito de ver registrado o motivo do indeferimento.

Quando uma indagação da parte poderá ser indeferida? Somente nas duas situações processuais acima indicadas: quando não guarde qualquer relação com o processo ou na hipótese de repetição de outra já respondida.

18.3. Qual a ordem das perguntas?

Quem, após o juiz, pode formular indagação ao réu, uma vez mantido o sistema presidencial?

A natureza jurídica do ato seria o parâmetro definidor da ordem a ser seguida na apresentação das perguntas. Se ato de defesa, esta teria primazia; se meio de prova, a acusação ganharia precedência. Como, com a nova lei, reabriu-se a velha discussão, agora revestindo não somente interesse acadêmico, em função de permitir-se a participação das partes no interrogatório, entendo que deva ser seguida a ordem que mais favorece a defesa, deixando-se para ela a faculdade de perguntar por último.

Porém, a lei deveria ter disciplinado a matéria, evitando futura disputa doutrinária e jurisprudencial.

18.4. A presença das partes, quando do interrogatório judicial, na atualidade, passa a ser obrigatória (*vide* nº 5, *supra*).

18.5. O assistente pode participar do interrogatório dirigindo perguntas ao réu?

Novamente, a natureza jurídica do instituto é que servirá de norte para a solução da *quaestio juris*.

Ao examinar a natureza jurídica da figura processual do assistente do Ministério Público no processo penal, anotei o seguinte:

“3. Antes de mais nada, incumbe examinar a natureza jurídica da assistência. Não participo, com todas as vênias possíveis e imagináveis, da posição doutrinária que vislumbra no assistente a função de parte contingente contrapondo-se à parte necessária, partindo do princípio segundo o qual com a presença do assistente ou sem ela o processo existirá. Por igual razão, parece-me indevida a designação de parte secundária (a parte principal seria o Ministério Público) ou expressão equivalente. TORNAGHI, ao meu sentir, é quem melhor situa a questão, ao ensinar que ‘a única hipótese de intervenção de terceiro no processo penal’ dá-se com a figura do assistente de acusação, nos termos do art. 268 do CPP. Assim, o

assistente se faria presente no processo *ad coadjuvandum tantum*, atuando com poderes limitados de gestão processual, expressamente delineados no art. 271 do CPP. Na verdade, o assistente não é parte, pois não pede, como já assinalamos em outra oportunidade. Aliás, a rigor, ele não é sequer um litisconsorte 'porque sua intervenção não importa em cumulação subjetiva de lides', como bem registra ELIÉZER ROSA. " ¹³

Resulta do exposto que para aqueles que entendem ser o assistente do Ministério Público parte secundária no processo penal, sua participação, no interrogatório, deverá ser assegurada diante dos termos da nova lei (o texto em exame alude às partes). Para os que pensam, como eu, não ser ele parte mas apenas terceiro que intervém no feito criminal, atuando nos **estritos limites taxativamente impostos** pelo art. 271 do CPP, não haverá lugar para a sua participação quando do interrogatório, embora possa estar presente ao ato por força do que dispõe o art. 394 do CPP, permanecendo como fiscal do regular desenvolvimento daquele momento processual.

A ocorrência da presença do assistente do Ministério Público por ocasião do interrogatório, ao que me parece, não será comum, pois, em regra, a habilitação do assistente só se dá no decorrer da instrução criminal probatória, quando da inquirição das testemunhas arroladas pelo autor. De qualquer forma, uma vez recebida a denúncia, sua habilitação já se torna possível, fazendo surgir o problema em análise.

18.6. Duas questões ainda afloram com certa importância em relação à participação do Ministério Público no interrogatório.

A primeira delas voltada para a ação penal de **exclusiva** iniciativa privada. O tema já foi visitado (5, *supra*), mas ainda exige uma observação importante: como fica a posição do Ministério Público? Sustento que, não sendo parte no processo, não lhe caberá formular perguntas ao réu. Estas se farão, quando cabíveis, por iniciativa do querelante e do querelado. Porém, como fiscal da lei, não fica ele eximido de fazer-se presente ao interrogatório, por força do art. 394 do CPP, velando pela fiel observância do aspecto formal daquele importantíssimo ato processual.

Indaga-se: caso o Ministério Público venha a aditar a queixa, na defesa do princípio da indivisibilidade da ação penal (arts. 45 e 48 do CPP), como deverá comportar-se o *Parquet* em tal situação processual?

¹³ "A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público", in *Serviam Juris - Revista Jurídica*, ano 2, nº 1, do "Instituto Superior de Ensino e Pesquisa do Direito" (ISPED) da "Universidade Santa Úrsula", edição comemorativa dos 65 anos da Universidade e dos 25 anos do Curso de Direito, pp. 43 e seguintes.

Recebido o aditamento pelo juiz, o Ministério Público, em relação ao querelado incluído no processo por força da sua atuação, embora assumida a esdrúxula posição de parte (o princípio reitor é o da oportunidade!), mesmo assim não poderá formular perguntas ao querelado, pois, após o aditamento, volta a atuar no processo como fiscal da lei. É que sua intervenção deve-se somente com o objetivo de resguardar o princípio da indivisibilidade da ação penal, não lhe sendo permitida qualquer ingerência a respeito do mérito da acusação, em face, agora, do princípio da disponibilidade da ação penal, que continua a reger a ação penal exclusivamente privada.

Entendo, no entanto, que o aditamento naquela oportunidade não pode ser admitido, muito embora a lei processual penal faça alusão expressa à providência. É que, segundo dispõe o art. 49 do CPP, “a renúncia ao exercício do direito de queixa em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá”. A lei, como de fácil observação, apresenta-se contraditória, uma vez que o art. 49 entra em testilha com o que dispõem os arts. 45 e 48. Em ocorrendo a circunstância, penso que a melhor solução consistirá em admitir-se a renúncia tácita por parte do querelante, caracterizada pela exclusão da demanda de um ou mais autores da infração penal. Resolva-se, pois, a antinomia em favor do querelado. É certo que o princípio do *in dubio pro reo* é típico da valoração da prova penal, conduzindo à absolvição do acusado (art. 386, VI do CPP). Aqui, ao contrário, discute-se matéria de direito e de processo. Porém, não vislumbro solução outra. Sustento, assim, que, *in casu*, a punibilidade deve ser julgada extinta por força da renúncia tácita (art. 107, V, do CP) ¹⁴.

18.7. E nos casos de queixa subsidiária (art. 29 do CPP)? Aqui, ao contrário, por tratar-se de ação pública, penso que a participação do Ministério Público no interrogatório deva ser ampla, podendo e devendo, se necessário ou oportuno, formular perguntas ao réu. Não há motivo para qualquer restrição à sua atuação. Com efeito, o art. 29 do CPP manda que o *Parquet* deva intervir “em todos os termos do processo” e isso inclui, evidentemente, a sua participação ativa no interrogatório, tenha ou não aditado a queixa, até porque o interrogatório é também um meio de prova e ao Ministério Público incumbe, segundo a lei que rege a matéria, “fornecer elementos de prova” (art. 29 do CPP). Para tanto, deve estar autorizado a formular perguntas ao réu, pois nada assegura vá o querelante continuar promovendo a ação penal. Nessa situação, em ocorrendo a negligência do querelante, incumbirá ao Ministério Público retomar a ação como parte principal (art. 29 do CPP). Se houver aditamento, formar-se-á um litisconsórcio ativo entre o querelante e o *Parquet*, que passa a atuar como verdadeira parte, podendo, *ipso facto* e com maior razão, requerer ao juiz a formulação de perguntas ao réu, após o querelante.

¹⁴ Em relação ao tema, o eventual leitor poderá encontrar alguma informação em meu estudo “Revisitando o aditamento à queixa”, in *Processo Penal - Reflexões*, pp. 27 e seguintes, Editora Lumen Juris, 2002.

19. Que se pode dizer da nova lei?

Malgré tout, ela contém mais qualidades que defeitos, importando, no seu conjunto, em aperfeiçoamento da nossa lei processual penal ao adaptá-la, no que respeita ao interrogatório e aos demais temas aqui versados, ao Texto Magno de 1988.

Inverno de 2004.

(¹) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.
