

UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
WILLIAN LIRA DE SOUZA

OITIVA DO ACUSADO NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI:
o interrogatório como direito fundamental no Estado Democrático de Direito

UMUARAMA
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

WILLIAN LIRA DE SOUZA

OITIVA DO ACUSADO NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS:

o interrogatório como direito fundamental no Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao programa de mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNI-PAR, sob orientação do professor Dr. Cândido Furtado Maia Neto, como requisito final à obtenção do grau de mestre.

UMUARAMA
2008

S729o Souza, Willian Lira de

Oitava do acusado nos sistemas processuais penais: o interrogatório como direito fundamental no estado democrático de direito / Willian Lira de Souza. – Umuarama: Universidade Paranaense - UNIPAR, 2008.

141 f.

Orientador: Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Paranaense – UNIPAR.

1. Direito processual penal. 2. Cidadania. I.
Universidade Paranaense – UNIPAR. II. Título.

(21 ed) CDD: 341.43

Bibliotecária Responsável
Inês Gemelli
CRB 9/966

Dedico este trabalho a Mônica, por me ajudar a ser o melhor de mim mesmo, e ao nosso filho(a) que está por vir, pela motivação para superar limites e finalizar o estudo.

Transformar sonhos em realidade não é tarefa fácil. A conclusão deste trabalho só foi possível, pois não estava sozinho. Muitos contribuíram, direta ou indiretamente, para que uma folha em branco se tornasse algo concreto em minha formação acadêmica. Agradeço, em especial, ao Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto, pela atenção dispensada e serenidade da orientação. Também aos professores da UNIPAR Dr. Fábio Caldas de Araújo e Dr. Celso Hiroshi Iocohama, pela inspiração intelectual. Ao Ministério Público do Estado do Paraná, pelo ideal de promover uma sociedade justa e fraterna.

RESUMO

O trabalho analisa o interrogatório a partir dos sistemas processuais penais. Parte da evolução histórica, focando a influência que o modelo de estado exerce sobre os sistemas processuais penais. Adota como fundamento a pesquisa normativa, doutrinária e jurisprudencial. Procede a uma breve descrição dos sistemas inquisitório e acusatório, e conclui pela inexistência de um sistema misto. Constata que o sistema inquisitório vigora em governos autoritários, enquanto o acusatório tem espaço na democracia. Aborda os princípios constitucionais do processo penal brasileiro e sustenta a revogação ideológica do Código de Processo Penal vigente. Argumenta que enquanto a Carta política é fundamentada em anseios de democracia e dignidade da pessoa humana, o código nasceu de um governo totalitário e contemplou a supremacia do Estado sobre o cidadão. Conclui que os dispositivos do código só podem ser aplicados se submetidos a uma filtragem constitucional. Ressalta a importância dos tratados internacionais sobre direitos humanos na aplicação do processo penal. Estuda os direitos fundamentais por meio de sua definição, distinção, características e evolução histórica. Situa a persecução penal em uma visão humanitária e democrática, propondo que a eficiência da atuação do Estado não pode ser mais lesiva que o próprio delito e que seu sucesso depende do respeito às garantias constitucionais. Define o interrogatório como direito fundamental e instrumento de acesso à justiça. Analisa as reformas do Código de Processo Penal, em especial as promovidas pelas Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08. Propõe que a vigência da Lei nº 11.719/08 se inicie junto com a de nº 11.689/08. Sustenta que o interrogatório é o melhor momento para se extrair os elementos culturais que permeiam o fato e sujeitos envolvidos. Defende que os avanços democráticos do instituto não podem retroceder, concluindo pela inconstitucionalidade de qualquer alteração normativa neste sentido. Conclui que o direito processual deve se voltar ao aperfeiçoamento do sistema acusatório, extirpando gradualmente as influências inquisitivas que ainda o permeiam.

Palavras-chave: Interrogatório. Sistemas processuais. Direitos fundamentais. Princípios constitucionais. Processo democrático.

RESUMEN

El trabajo analiza el interrogatorio desde los sistemas procesales penales. Parte de la evolución histórica, priorizando la influencia que el modelo de estado ejerce sobre los sistemas procesales. Adopta como fundamento la pesquisa normativa, doctrinaria y jurisprudencial. Procede a una breve descripción de los sistemas inquisitorio y acusatorio, y concluye por la inexistencia de un sistema mixto. Constata que el sistema inquisitorio vigora en gobiernos autoritarios, mientras lo acusatorio tiene espacio en la democracia. Aborda los principios constitucionales del proceso penal brasileño y sustenta la revocación ideológica del Código de Proceso Penal vigente. Argumenta que mientras la Carta política es fundamentada en deseos de democracia y dignidad de la persona humana, el código nació de un gobierno totalitario y contempló la supremacía del Estado sobre el ciudadano. Concluye que los dispositivos del código solo pueden ser aplicados si se someten a una filtración constitucional. Resalta la importancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la aplicación del proceso penal. Estudia los derechos fundamentales por medio de su definición, distinción, características y evolución histórica. Sitúa la persecución penal en una visión humanitaria y democrática, proponiendo que la eficiencia de la actuación del Estado no puede ser más lesiva que el propio delito y que su suceso depende de lo respeto a las garantías constitucionales. Define el interrogatorio como derecho fundamental e instrumento de acceso a la justicia. Analiza las reformas del Código de Proceso Penal, en especial las promovidas por las Leyes n° 11.689/08 y n° 11.719/08. Propone que la vigencia de la Ley n° 11.719/08 se inicie juntamente con la de n° 11.689/08. Sustenta que el interrogatorio es el mejor momento para extraerse los elementos culturales presentes en el hecho y sujetos envueltos. Defiende que los avances democráticos del instituto no pueden retroceder, concluyendo por la inconstitucionalidad de cualquier alteración normativa en este sentido. Concluye que el derecho procesal debe volver al perfeccionamiento del sistema acusatorio, extirpando gradualmente las influencias inquisitivas que aún subsisten.

Palabras-clave: Interrogatorio. Sistemas procesales. Derechos fundamentales. Principios constitucionales. Proceso democrático.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
1.1 Sistemas Processuais e Poder Político	11
1.1.1 <i>Antigüidade</i>	12
1.1.2 <i>Idade Média</i>	18
1.1.3 <i>Revolução Francesa e a Idade Moderna</i>	21
1.2 O Sistema Inquisitório	24
1.3 O Sistema Acusatório	29
1.4 Inexistência de um Sistema Misto	33
1.5 Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro	38
1.5.1 <i>Devido Processo Legal</i>	41
1.5.2 <i>Ampla Defesa e Contraditório</i>	45
1.5.3 <i>Juiz Natural</i>	47
1.5.4 <i>Publicidade</i>	49
1.5.5 <i>Presunção de Inocência e Direito ao Silêncio</i>	50
1.6 A Revogação Ideológica do Código de Processo Penal	56
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	64
2.1 Definição	64
2.2. Distinções	66
2.3. Características	69
2.4. Evolução Histórica	70
2.4.1 <i>As Bases Revolucionárias</i>	72
2.4.2 <i>A Independência Americana e a Revolução Francesa</i>	74
2.4.3 <i>Os Direitos de Segunda Geração</i>	77
2.4.4 <i>O Pós-Guerra e a Universalização dos Direitos</i>	79
2.5 A Eficiência da Persecução Penal	81
3 O INTERROGATÓRIO JUDICIAL	89
3.1 Conceito	89
3.2 Natureza Jurídica	92

3.3 Direito Brasileiro	96
3.3.1 <i>A Reforma do Código de Processo Penal.....</i>	105
3.4 O Interrogatório como Direito Fundamental	113
3.4.1 <i>Interpretação como Instrumento para Assegurar a Harmonia do Sistema.....</i>	116
3.4.2 <i>Interrogatório como Momento para Colheita de Elementos Culturais</i>	120
3.4.3 <i>A Cláusula de Não-Retrocesso</i>	124
CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS.....	134

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como escopo analisar o interrogatório a partir dos sistemas processuais penais. Parte da constatação de que a Constituição Federal de 1988 está prestes a completar 20 anos de sua promulgação e o Brasil ainda não conseguiu estabelecer uma sintonia entre a carta fundamental e o processo penal, seja no plano normativo, seja no cotidiano forense. Por essa razão, será feito um estudo de como a oitiva do acusado se posiciona perante a ordem constitucional vigente.

Objetiva-se determinar se o processo penal recebe influências do poder político e se tal modulação acaba influenciando no interrogatório. Também pretende-se verificar se a Constituição atual moldou um sistema processual de cunho acusatório ou inquisitório e se há correspondência com o Código de Processo Penal vigente. Por fim, busca-se averiguar se o interrogatório pode ser considerado um direito fundamental e quais as conseqüências deste *status*.

O método de trabalho se circunscreve à pesquisa normativa e doutrinária, não olvidando de lançar mão de decisão judicial e matérias veiculadas na mídia, quando necessário. Importante observar que, já na fase de revisão, foram publicadas as Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08, que alteraram substancialmente o Código de Processo Penal, inclusive no que diz respeito ao interrogatório, e exigiram um novo esforço no sentido de adequar o texto à nova realidade. Adotou-se como corte epistemológico o interrogatório na fase judicial. Tal opção não desprestigia a importância do ato no inquérito policial, mas a ampliação do estudo demandaria ingresso na discussão a respeito da natureza da investigação administrativa, que não é objeto deste trabalho.

Tendo em mente os propósitos da pesquisa, este estudo encontra-se estruturado em três capítulos. O capítulo 1 trata dos sistemas processuais. Adota-se como referencial a relação do processo penal com o modelo de Estado. Isso possibilita visualizar a correspondência do sistema processual com a conjuntura política. Para tanto, verifica-se como a evolução histórica do sistema político ocidental implicou a alternância do sistema processual penal e sua influência no interrogatório.

Em seguida, trabalha-se com os sistemas inquisitório e acusatório, abordando seus conceitos e características. Ponto de grande importância é a análise da existência, ou não, de um sistema processual misto.

Verificadas as bases da noção de sistemas processuais penais, passa-se a contextualizar o direito brasileiro contemporâneo. Para tanto, adotam-se como paradigma os princípios processuais contemplados na Constituição Federal de 1988, dando-se destaque aos seguintes: devido processo legal; ampla defesa e contraditório; juiz natural; publicidade; presunção de inocência e direito ao silêncio. Ao final deste conjunto temático, faz-se um cotejo entre a Constituição e o Código de Processo Penal, dando foco ao interrogatório e às diretrizes ideológicas dos dois textos.

No capítulo 2, faz-se uma incursão na seara dos direitos fundamentais, discorrendo sobre suas definições, distinções, características e evolução histórica. Nesta parte, entende-se importante verificar a correlação das garantias processuais com a eficiência persecução penal. O tema, por si só, mereceria um trabalho exclusivo. Neste estudo, pretende-se traçar as linhas básicas desta dicotomia para criar uma maior disposição do leitor, mesmo os mais adeptos às linhas autoritárias, aos objetivos do trabalho.

No capítulo 3, o interrogatório será estudado partindo do conceito e natureza jurídica para, então, abarcar o direito brasileiro, dando ênfase à reforma do Código de Processo Penal. Por último, trata-se da definição do *status* do interrogatório na ordem constitucional, sua importância em um processo acusatório, bem como apresentam-se as possibilidades de aplicação prática do estudo, na perspectiva de que contribuam com a afirmação do sistema processual brasileiro como corolário de um Estado Democrático de Direito.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 Sistemas Processuais e Poder Político

Atualmente muito se discute no direito processual penal acerca dos poderes instrutórios do juiz, a função investigatória do Ministério Público e a profundidade que as investigações administrativas preliminares podem alcançar. Todos estes temas guardam um fator comum, a opção do direito por um sistema processual que se reputa adequado aos fins do Estado.

Não se discute que o direito, na sua totalidade, reflita diametralmente a posição cultural e política de uma organização social. Contudo, indubitavelmente, é o direito processual penal o ramo que maior influência exerce sobre o ser humano e sua vida social.¹ Conforme lembra Jorge de Figueiredo Dias,

Como todo o verdadeiro direito público, tem o direito processual penal na sua base o problema fulcral das *relações entre o Estado e a pessoa individual* e da *posição desta na comunidade*, bem podendo dizer-se que a sua história não é senão o produto flagrante da transação destas duas forças vectoriais, constituindo assim um dos indicadores mais sensíveis de qualquer variação na força de acentuação de uma daquelas idéias no mundo do direito.²

Nem mesmo o direito penal, material, alcança efetiva ingerência social. Em pertinente passagem, Maier lembra a lição de Beling quando destaca que "o direito penal (material) não toca o delinqüente um só pêlo, já que é o direito processual penal o que se encarrega do homem de carne e osso"³. Por isso, destaca mais adiante o professor argentino que "as mudanças de orientação política aparecem

¹ As instituições que compõem o sistema penal produzem uma verdadeira política criminal, assim como outras forças estatais e sociais são responsáveis por outros tipos de políticas, como as econômicas, de saúde etc.

² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 58-59, (grifos do autor).

³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 442, (tradução nossa).

mais 'a flor da pele' no direito processual penal"⁴ e é no processo penal que as manipulações políticas são mais frequentes e notáveis⁵.

Não obstante o trabalho busque apresentar o desenvolvimento dos sistemas processuais penais adotando um critério cronológico, é imperioso advertir que o direito processual não se moldou de forma uniforme em todos os Estados. Enquanto em determinada época um Estado, ou alguns Estados, com cultura jurídica semelhante, davam destaque ao sistema acusatório, outros mantinham suas bases em um sistema inquisitório.

Outrossim, a evolução do processo penal não foi linear, "a história do processo penal é uma contínua alternância de dois sistemas: o acusatório e o inquisitório, sem que se possa defender a vigência em sua plenitude de nenhum de ambos"⁶.

Por fim, adotou-se como corte metodológico o direito ocidental continental europeu, em razão de sua influência direta no direito brasileiro. Por isso, não se dará foco ao processo penal anglo-americano, nem aquele adotado pelas comunidades orientais.

1.1.1 Antigüidade

Os primeiros grupos humanos, constituindo uma sociedade simples, desconheciam métodos mais sistematizados de solução de conflitos. Em realidade, pode-se afirmar que o direito processual, dotado de rudimentares procedimentos, influenciado pela moral e religião, confundia-se com o direito substancial. Igualmente cumpre destacar que a noção de ilícito se confundia com "dano", não se diferenciando o que atualmente se sistematiza como ilícito civil e criminal.

A sociedade primitiva atuava de modo diverso tratando-se de ofensas praticadas por integrantes do próprio grupo ou estrangeiros. No primeiro caso, buscava-se restabelecer o *status quo ante*, salvo se o dano fosse irreparável ou co-

⁴ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 443, (tradução nossa).

⁵ Ibid., p. 260.

⁶ DEU, Tereza Armenta. **Principio Acusatório y Derecho Penal**. Barcelona: J M Bosch, 1995, p. 11, (tradução nossa).

locasse em perigo as condições de existência da sociedade. De outro lado, tratando-se de infração cometida por membro de outra tribo, instalava-se verdadeiro estado de guerra, gerando um comprometimento de toda a tribo com um fato que, inicialmente, pode ter afetado apenas um de seus membros.⁷ Mesmo em um momento um pouco mais evoluído da sociedade, com destaque às primeiras nações germânicas, a busca do restabelecimento do “*status quo ante*” foi o princípio orientador do direito.

Na mitologia grega os delitos eram verificados apenas sob o prisma objetivo, não se levando em conta os aspectos volitivos. Outrossim, o crime era entendido como uma maldição que recaía sobre toda a família do agente, e contra toda ela deveria se dirigir a vingança social, de natureza cogente. Por essa razão, famílias inteiras se dizimavam. Apenas com a reforma jurídica de Drácon tal situação foi amenizada.

A natural evolução social implicou na busca de mecanismos que pudessem resolver os conflitos, restabelecer o *status quo* e preservar a integridade social sem que isso significasse uma autodestruição da sociedade ou a instalação da guerra entre diferentes grupos sociais por questões de menor potencial lesivo.

Daí destacou-se inicialmente a sociedade egípcia, dotada de um Poder Judiciário concentrado nas mãos dos sacerdotes. Nesse modelo verificam-se os primeiros traços do sistema inquisitório.⁸

O processo penal grego e romano dividia os delitos em privados e públicos. Adotava-se como critério distintivo o destinatário da lesão, interesse individual ou coletivo.

O interrogatório nas civilizações grega e romana não tinha a mesma importância que a dada pela inquisição canônica, em razão do processo de partes. Na medida em que cabia ao acusado promover, pessoalmente, sua defesa, suas declarações a respeito dos fatos caíam a segundo plano. Cabia ao próprio réu escolher a estratégia de defesa contra o acusador.

Na Grécia adotava-se um modelo com feições do sistema acusatório, em que o ofendido, no caso dos crimes privados, ou qualquer cidadão, crimes públicos, apresentava e sustentava a acusação perante um representante do Estado

⁷ GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. Direito Penal Empresarial. São Paulo: 1995, p. 77-80 *apud* PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 75-76.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as intercepções telefônicas. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.28.

que, por sua vez, convocava o tribunal competente para apreciação do caso. O acusado defendia-se sozinho ou auxiliado por terceiros e a cada parte incumbia a apresentação das provas. O tribunal não exercia atividade instrutória.⁹ O acusador coligia provas para as apresentar durante a fase dos debates; o acusado, por sua vez, buscava as provas de sua defesa e prestava o compromisso de dizer a verdade¹⁰. A tortura era empregada, geralmente em relação aos escravos, já que sua condição impedia o crédito de suas palavras. O julgamento, onde se inseria o interrogatório, era oral e público. Interessante mencionar que nos julgamentos participavam número significativo de cidadãos, variando de 500 a 6.000 juízes. Tal quantitativo pode ser atribuído à crença de que tantas cabeças asseguravam melhor justiça, como ao fato de que o Estado destinava certa quantia financeira a cada juiz, por julgamento.¹¹

Geraldo Prado destaca no modelo grego oito características:

- 1) tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo;
- 2) acusação popular, por uma faculdade deferida a qualquer cidadão para apresentar demanda contra quem se supunha autor ou partícipe de um delito público;
- 3) igualdade entre acusador e acusado, que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento, liberdade muitas vezes condicionada à caução;
- 4) publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusador e acusado, frente ao tribunal e na presença do povo;
- 5) admissão da tortura e dos juízos de Deus como meios de realização probatória;
- 6) valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz;
- 7) restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse particular do indivíduo do que o da sociedade;
- 8) decisão judicial irrecorrível.¹²

Em Roma, não obstante o processo penal tenha sofrido fortes influências dos sistemas políticos que se alternaram: Monarquia, República e Império, as alterações procedimentais não foram tão abruptas quanto aquelas observadas na política¹³. Destacam três procedimentos processuais penais relevantes na história

⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 79.

¹⁰ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 24.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol.1, 18^a ed, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76.

¹² PRADO, op. cit., p. 80.

¹³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2^a ed., 3^a reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 273.

romana: *cognitio*, *acusatio* e *cognitio extra ordinem*. A mudança de uma para outra se deu de maneira gradual, mesclando-se inicialmente características e institutos de um sistema no seguinte.

Seguindo a divisão entre *delicta publica* e *delicta privata*,

[...]na primeira espécie o papel do Estado se resumia ao papel de árbitro entre o embate das partes na *actio doli*, por todo ato injusto cometido sem violência e não prevista especificamente pela lei, cujo maior interessado era a vítima. Já na segunda espécie, a defesa social era exercida pelo próprio Estado, que incluía entre suas atividades as investigações necessárias para o pronunciamento sobre o caso.¹⁴

O primeiro modelo processual romano, surgido na época da monarquia, era denominado *cognitio*. Nesse modelo eram conferidos ao magistrado amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação. Por estes caracteres, sua feição era essencialmente inquisitória¹⁵. Tanto assim que o magistrado empreendia uma instrução preliminar e sumária, denominada *inquisitio*. Ao procedimento formador do processo se denominava *anquisitio*.

A decisão judicial poderia ser revista pelo povo, reunido em comício, ante provocação do condenado denominada *provocatio ad populum*. No julgamento, o magistrado que proferira a sentença deveria trazer as provas coligidas e defender sua sentença. Este modelo de apelação foi sendo estruturado até a formação de tribunais específicos para tal tarefa, denominados *centurias*¹⁶. Não obstante o caráter democrático do recurso, insta observar que era direito de poucos, apenas dos *civis romanus*¹⁷, excluindo-se então as mulheres, estrangeiros e escravos.

O momento mais importante do procedimento era o interrogatório do réu. Nenhum interrogado poderia se negar a responder às perguntas¹⁸. A convocação do acusado, como explica Mommsen, citado por Tucci, se dava da seguinte forma:

¹⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens lusas à escola crítica do processo. 2001. 326 f. Tese (pós-doutorado em direito) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, p. 76.

¹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 79.

¹⁶ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 276.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol.1, 18ª ed, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 77.

Se o citado não obedece à ordenação convocatória, podia empregar o magistrado, contra ele, meios coercitivos, seja obrigando-a a comparecer, através do uso da força, por seus *apparitores*, seja decretando, quando de sua posterior apresentação, em juízo, a prisão preventiva, que, todavia, podia vir a ser relaxada, em virtude da prestação da fiança – “*vadimanium ou prae-des vades*”, - ou, até mesmo, sem ela.¹⁹

Os revéis eram tidos, então, como autores de um delito independente – o de desobediência. Com isto, ficavam sujeitos à captura (*prehensio*) e a terem incluídos, ainda, por anúncio público, os seus nomes, no rol dos procurados, ou *requirendi* - importando a *requisitio* o embargo imediato e posterior confisco de seus bens, que se consumava após um ano de ausência injustificada²⁰. Do mesmo modo procedia-se, outrossim, se o acusado, apesar de devidamente convocado, não se constituía, deixando de comparecer, no lugar designado e na data aprazada²¹.

Com o refinamento da sociedade romana, adveio a necessidade de adotar um sistema que alcançasse também a infrações contra a ordem pública. O sistema político era a República e surgia a preocupação com as infrações cometidas pelos próprios magistrados. Assim, já no último século do período republicano, implementou-se a *accusatio*, na qual vigorava a premissa de que ninguém poderia ser levado a juízo sem prévia acusação. Ademais, a acusação poderia ser feita com, ou sem, prévia inquisição. A acusação era incumbida a qualquer cidadão e, mormente, desempenhada pela vítima. As pessoas consideradas sem garantia de honorabilidade, como mulheres, menores, escravos e estrangeiros não tinham direito de acusar. Na primeira fase deste modelo os Magistrados também não poderiam exercer a acusação.²²

Aquele que pudesse sustentar a acusação poderia proceder à comprovação de suas sustentações, levando o acusado a julgamento pelos *judices jurati*²³, tribunal popular cujos integrantes eram eleitos dentre senadores (*patres cons-*

¹⁸ MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal romano. Bogotá: Temis, 1991, p. 224. *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 45.

¹⁹ MOMMSEN, Theodori. El derecho penal romano. Vol. I. Madrid, sem data, p. 176 e 326-328 *apud* TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976, p. 133.

²⁰ *Ibid.*, p. 133.

²¹ *Ibid.*, p. 133.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol.1, 18ª ed, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 77.

²³ TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976, p. 143 - 153.

cripti), em um primeiro momento, e por cidadãos honoráveis, em um segundo instante.²⁴ Ao acusado era também facultada a possibilidade de acompanhar a produção de provas e de produzi-las também.

Após a citação, se o acusado confessasse, tudo terminava. Negando a acusação, o pretor determinava então que o acusador e o acusado voltassem a juízo, em dia determinado²⁵. O tribunal era presidido pelo *quaesitor*, “que se limitava a manter a ordem e a lavrar a sentença, ditada pelos *judices jurati*. Havia réplica e tréplica. A princípio, a votação era feita oralmente. Depois, passou a ser secreta.”²⁶

Com a assunção do império, o processo penal passa a receber maior influência do poder do príncipe, que passa a exercer as acusações e julgamentos por intermédio de funcionários por ele designados. Assim, a par da legitimidade dos cidadãos para promover a acusação, surgiram as figuras dos agentes públicos, *curiosi*, *inerarchae* e *nuntiatores*, que informavam os magistrados a respeito de infrações que não foram delatadas pela *accusatio*. Os magistrados, por sua vez, receberam a prerrogativa de exercer a acusação.

Este novo sistema processual penal recebeu a denominação de *cognitio extra ordinem* e possuía características inquisitórias. O julgamento passou a ser proferido por um magistrado, retirando-se gradativamente as atribuições dos *judices jurati*. A instrução passou a ser escrita, formando-se o que se convencionou chamar de autos do processo. A apelação, por sua vez, passa a ser dirigida ao imperador.

Mas o principal marco desta fase foi a introdução da tortura para obter a confissão. Em um segundo momento, tal providência passou a ser utilizada também em relação as testemunhas.²⁷

João Gualberto Garcez Ramos lembra da profissionalização dos órgãos do sistema judiciário durante a evolução histórica do processo penal romano:

A evolução do processo penal romano foi no sentido da profissionalização dos órgãos judiciários e da positivação das praxes procedimentais, tendo essas medidas o escopo de instrumentalizarem uma regular repressão da criminalidade. Como subproduto dessa profissionalização e regramento, o

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol.1, 18ª ed, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 77.

²⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976, p. 152.

²⁶ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 78.

²⁷ Ibid., p. 79.

processo penal caminhou na direção da inquisitividade. A inquisitividade, por sua vez, trouxe um cada vez mais profundo desinteresse pela audiência processual penal, especialmente pela audiência de julgamento. Nascia o processo verdadeiramente escrito.²⁸

Inobstante tenha criado as bases para um sistema inquisitório radical, o sistema romano se sustentou durante todo o período de supremacia da nação, república e início do império, sobre os princípios da oralidade e publicidade. Pode-se dizer, como lembra, Velez Mariconde, que a inquisição não afligiu profundamente os romanos em razão de “um secreto espírito de humanidade e de prudência”, que preservou a pessoa do acusado da verdadeira barbárie que tanto tempo depois ocorreria²⁹.

1.1.2 Idade Média

Com o esfacelamento do império romano e a conseqüente dominação bárbara, o processo criminal passou a receber fortes influências dos povos do norte, principalmente os visigodos. No direito visigótico os julgamentos e as formalidades eram simples, aplicando-se nos interrogatórios as chamadas ordálias ou juízos de Deus. João Mendes de Almeida Júnior retrata a irracionalidade destes critérios de julgamento:

1º ninguém pode ser condenado sem ser acusado pelo ofendido e ouvido, salvo o caso de delito flagrante e clamor geral; 2º em falta de testemunhas do fato ou de outras provas contra o acusado, os membros da sua comunidade dão dele testemunho pró ou contra (conjuradores); se o testemunho lhe era contrário, as ordálias ou juízos de Deus eram empregados. As ordálias consistiam ou em ficar durante um certo tempo n'água, sem asfixiar-se, ou em mergulhar o braço em água fervente, ou em tocar com as mãos um ferro quente, etc.³⁰

²⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 50.

²⁹ MARICONDE, Alfredo Velez. *Estudios de derecho procesal penal*. Córdoba: Imprensa da Universidade de Cordoba, 1956, v. 1, p. 22, *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 51.

³⁰ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 53.

Isso se devia ao fato de o direito então vigente não admitir a condenação sem a prova evidente, daí o recurso às chamadas ordálias ou juízos de Deus. Encarado como meio de prova, à vista das influências dos direitos dos povos do norte, sistema este em que se o acusado não confessasse, era submetido a métodos probatórios cruéis, o instituto do interrogatório percorre toda a idade média com tal natureza, sujeitando-se a todas as vicissitudes da inquisição com as práticas de tortura.

À informalidade que vigia nas organizações bárbaras, a igreja apresentou diretrizes organizacionais universais e seguras, o que não poderia ser diferente no âmbito do processo criminal, em que tão de perto se sentiu a influência do direito eclesiástico. De outra sorte, iniciou-se o desenvolvimento do direito canônico, que culminou por dominar o direito europeu continental durante a idade média, aqui compreendida entre os séculos XIII e XVIII.

O direito germânico era baseado na busca do entendimento privado entre as partes e no sistema acusatório de julgamento.³¹

Contudo, com a formação dos feudos e o enfraquecimento do poder real central, perdeu importância a justiça estatal³² e ganhou espaço a jurisdição eclesiástica, pois fundada em uma administração central culta e organizada. Nasceu como forma de julgamento dos próprios religiosos e, até o século XII, se revestia das características do sistema acusatório³³. No início, sua ideologia era aceita pela própria população.

A jurisdição eclesiástica era muitas vezes preferida pelas partes, porque mais racional e menos árdua que a secular, que impunha as ordálias, bem como mais barata e dotada de juízes que pareciam mais inteligentes e imparciais que os da jurisdição secular.³⁴

³¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 86.

³² *Ibid.*, p. 87.

³³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 61.

³⁴ OURLIAC, Paul. Historia del derecho. t1, Puebla: Jose M. Cajica Jr., 1952, p. 177-182, *apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 67.

A Igreja Católica pregava o crime como pecado e a sua punição como meio para a salvação da alma. Como consequência, as ofensas religiosas também foram consideradas crime, havendo uma nova simbiose entre direito, moral e religião. Veja-se que os religiosos “tomavam a conversão do culpado como móvel principal, vendo na confissão um sinal de arrependimento, de submissão à pena merecida, razão pela qual se aconselhava que a provocassem sempre”³⁵.

Nesse modelo, o sistema inquisitório encontrou seu apogeu. A tortura era considerada meio de prova, a instrução era escrita³⁶ e secreta. O acusado passa a ser considerado mero objeto do processo. A prisão durante a instrução era a regra.

Interessante anotar que mesmo na Inglaterra, avessa à inquisição que vigorava no continente europeu, a tortura chegou a ser empregada. Segundo Gregory W. O'Reilly, citado por Haddad,

[...]até o século XVII os tribunais de Star Chamber e de High Commission usavam-na para obter confissões. A diferença reside no fato de a tortura não ter sido empregada nos tribunais da *common law* e de ter cessado, nos tribunais reais, anteriormente aos demais Estados europeus.³⁷

Mesmo com o fortalecimento do poder secular e a formação dos Estados Europeus o sistema inquisitório representava um modelo adequado de controle do soberano sobre a sociedade. Por isso, conforme destaca Geraldo Prado, o sistema inquisitório "correspondeu a uma concepção absolutista de Estado".³⁸

Como legado, deixou-se a noção de "vinculatividade da atuação Estatal na resolução de conflitos de interesses na esfera penal às diretrizes políticas"³⁹ do Estado.

³⁵ MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1997, p. 192, *apud* HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 62.

³⁶ O procedimento escrito representava uma forma de exacerbar o segredo dos julgamentos, vez que poucas pessoas sabiam ler.

³⁷ O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves toward an inquisitorial system of justice. *The journal of criminal law and criminology*, v.85. Chicago, fall, 1994, p. 421. *apud* HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 64.

³⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 96.

1.1.3 Revolução Francesa e a Idade Moderna

O iluminismo e suas idéias humanistas e garantistas minaram a sustentabilidade do sistema inquisitório, que teve seu marco final com a Revolução Francesa de 1789. A influência religiosa sobre o direito foi superada e as idéias de Rousseau sobre o Contrato Social exigiram o repensar da atividade jurisdicional, principalmente em sua forma de atuar perante os direitos inerentes ao indivíduo.

Essa nova era no pensamento ocidental não significou a completa extinção do sistema inquisitório. Propiciou, sim, a atenuação de suas características. Conforme lembra Maier, "da inquisição perduram até nossos dias suas duas máximas: a persecução penal pública dos delitos, (...) e a busca da verdade histórica, como meta direta do procedimento penal"⁴⁰.

Buscou-se um resgate da valorização da pessoa humana, que na época anterior era subjugado por um suposto interesse social maior. A persecução penal pública e a busca da verdade real, antes metas absolutas, transformaram-se em valores relativos. Por isso, Julio Maier sustenta a implantação de um novo sistema processual penal, misto⁴¹, que outros autores denominam sistema acusatório formal⁴², já que seguiram vigendo certas regras da inquisição, em especial, os princípios fundamentais⁴³, e a exclusão de outras, advindas do regresso a formas acusatórias⁴⁴, criadas e sempre vigentes na Inglaterra e suas colônias norte-americanas.

No sistema processual pós-revolucionário francês a instrução era distribuída em duas fases. Pelo *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, o processo iniciava-se com uma etapa inquisitória, onde "procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetra-

³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 96.

⁴⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004 p. 449, (tradução nossa).

⁴¹ Ibid., p. 450.

⁴² PRADO, op. cit., *passim*.

⁴³ São eles: busca da verdade real e ação penal pública indisponível.

⁴⁴ MAIER, op. cit., p. 450.

ção das infrações penais"⁴⁵. Depois de exercida a ação penal o processo ganhava contornos acusatórios, chamado de juízo. Todo seu desenrolar era público e perante um tribunal colegiado. A controvérsia era debatida entre as partes em uma tendencial igualdade.

O modelo não extirpou a idéia de se obter a confissão do acusado no momento do interrogatório. Manteve-se sua natureza como meio de prova. No entanto, o banimento da tortura já representou significativa ruptura com o antigo sistema inquisitório. Outrossim, é de se convir que paulatinamente o modelo permitiu uma menor exposição do acusado, retirando da confissão o *status* de rainha das provas.

Esse novo sistema difundiu-se pela Europa Continental, principalmente em razão das guerras napoleônicas, e é até hoje o modelo processual penal adotado pelos sistemas jurídicos positivos ocidentais.

Ressalve-se, conforme lembra Geraldo Prado, que o século XX “[...] foi marcado, na Europa, em um determinado momento, pelo império de regimes totalitários, que abraçaram a discricionariedade na repressão penal, mais aproximado do modelo inquisitório extremado”⁴⁶. A superação de tais regimes, com o fim da Segunda Guerra Mundial, representou uma nova busca ao sistema acusatório, ainda que permeado, principalmente na fase de investigação preliminar, por caracteres inquisitivos.

O código de processo penal francês de 1959 manteve a figura do juiz-instrutor na fase preliminar. Na fase judicial, e pouco antes desta, a defesa pode exercer seu papel com plenitude. A ação penal é indisponível e irretroatável.

Muito embora na década de 1980 o direito francês tenha se inclinado à adoção de um sistema acusatório puro, em 1993 a tendência foi revertida, voltando-se à adoção do sistema misto.⁴⁷ A evolução se deu pela atribuição da direção da investigação inicial ao Ministério Público, que coordena os trabalhos da polícia⁴⁸, sem que se tenha excluído a figura do juiz-instrutor.

O processo penal alemão foi influenciado pelo francês, por conta da expansão napoleônica, e atribuiu ao Ministério Público o procedimento preparatório

⁴⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 100.

⁴⁶ Ibid., p. 102-103.

⁴⁷ Ibid., p. 103.

da persecução penal, sendo essencialmente secreto. A decisão de arquivamento da investigação somente pode ser objeto de controle pelo ofendido. Oferecida a ação penal, instala-se o processo contraditório, com divisão das funções acusatória, defensiva e julgadora. Ao Tribunal é lícito, todavia, perquirir provas que entender necessárias à busca da verdade real.

Na Itália, o código Rocco, de 1930, guardava similitude com o francês pós-revolucionário. Atualmente, vige o código de processo penal promulgado em 1988, que buscou amenizar as características inquisitórias do anterior. Conforme lembra Geraldo Prado, a fase preliminar passou a ser coordenada pelo Ministério Público e pela polícia. Extinguiu-se o juiz de instrução e "retirou-se das investigações preliminares a condição de, por si só, autorizarem a formação de um juízo condenatório."⁴⁹

Contemporaneamente, ganha força o movimento de implementação do sistema acusatório influenciado, sobretudo, pelas teorias abolicionistas⁵⁰, minimalistas⁵¹ e garantistas⁵² do direito penal. Nesse sentido, o processo deixa de privilegiar a busca da verdade real para tomar como prumo o asseguramento do exercício do efetivo contraditório e realização das garantias individuais.

Outro fator fundamental, conforme lembra Julio Maier, neste início de século XXI, é "a vítima do delito renascer e reclamar não só acesso ao procedimento como acusadora de um fato punível mas, também, o direito de ser informado das vicissitudes do procedimento e ser protegida deles".⁵³

Por fim, não é pretensioso sustentar que a instituição que merece maior atenção na reformulação do moderno processo penal é o Ministério Público. A par de sua inserção na investigação preliminar, da proficiência de sua atuação jurisdicional depende o definitivo afastamento do julgador da atividade instrutória, visto que ainda hoje é exercida preponderantemente como resguardo da indisponibilidade da persecução penal e do interesse social em detrimento da liberdade individual.

⁴⁸ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Curitiba:Juruá, 2002, p. 141.

⁴⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 107.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, *passim*.

⁵¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002, *passim*.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, *passim*.

⁵³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 459, (tradução nossa).

1.2 O Sistema Inquisitório

O sistema processual inquisitivo surgiu como modelo de solução às deficiências do sistema acusatório privado que vigorava nas sociedades mais rudimentares.

A base do sistema era o compromisso do Estado em garantir a efetiva punição das condutas delituosas, resguardando-se assim tanto a sociedade, contra o criminoso, quanto à própria vítima, que se desincumbia da persecução penal. Tanto assim que alguns autores, entre eles João Mendes de Almeida Júnior, sustentam que o sistema inquisitivo foi adotado pela Igreja e pelos Estados, com apoio da população, justamente por se mostrar um modelo garantidor contra injustiças. É que, em vista da enorme diferença de classes econômicas na Idade Média, a igualdade formal que era prevista no processo acusatório não se verificava na prática. No duelo entre cidadãos de poderes aquisitivos e influências políticas distintas, o menos favorecido sempre sucumbia.⁵⁴

Paralelamente à estruturação do Estado, verificou-se o incremento do poder central de governo, inicialmente um imperialismo romano que, na idade média, culminou no absolutismo.

Em uma proficiente passagem, Jorge de Figueiredo Dias lembra a influência do soberano sobre o sistema judiciário:

[...]numa concepção autoritária do Estado, v.g. na forma do Estado Absolutista afirmada na generalidade dos países europeus dos sécs. XVII e XVIII, assume aquele, como único juiz do bem-comum, uma posição de supremacia total e ilimitado sobre o indivíduo[...]⁵⁵

Reforça-se a idéia de Estado e diminuiu-se bruscamente a noção de indivíduo. O investigado passa a ser considerado mero objeto de investigação.

⁵⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 229.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 61.

Neste particular, deve-se ressaltar que é exatamente desta questão que surgem duas das principais características do sistema inquisitório. A confissão como principal prova, já que representava abdicação pessoal da defesa em prol do Estado-Jurisdição. Segundo, a admissão da tortura como meio de prova, já que o investigado é mero objeto do processo.

Nessa perspectiva, o processo criou a figura do juiz como absoluto aplicador da justiça, incumbindo-lhe a investigação, acusação e julgamento dos fatos. Mas não se pode criar a idéia de que é o magistrado o verdadeiro detentor do poder conformador do Direito Penal. Em realidade, como adverte Figueiredo Dias, "ao juiz – degradado, ao menos no plano dos factos, à condição de burocrata da justiça, sem independência perante o poder político – compete simultaneamente inquirir, acusar e julgar."⁵⁶

Mas indubitavelmente o traço mais marcante da inquisição era a inexistência de dialética, contraditório. Disso decorria a inexistência de "regras de igualdade e da liberdade processual"⁵⁷.

Historicamente, o sistema inquisitório surgiu no processo penal extraordinário do baixo império romano⁵⁸. Contudo, foi perante o direito canônico que emergiu. Precisamente, sua primeira fase iniciou-se com a regulamentação dos tribunais do Santo Ofício da Inquisição (1229), editada após o Concílio de Latrão.⁵⁹

Ressalte-se, uma vez mais, que o direito canônico regeu a sociedade pré-medieval e medieval em razão do fraco domínio político dos Estados. A Igreja Católica dispunha de uma organização central muito mais apurada, culta e influente que a dos reis. José Laurindo de Souza Netto narra esta união como uma sinergia⁶⁰:

Gradativamente, um império em declínio e uma Igreja em ascensão iriam confluír para uma espécie de sinergia ideológica, capaz de compor uma forma de poder em que a política se fazia cada vez mais eclesiástica, e a Igreja, cada vez mais política.

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 61-62

⁵⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 25

⁵⁸ DIAS, op. cit., p. 61-62.

⁵⁹ Ibid., p. 63.

⁶⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo de. Razão, religião e estruturas de poder. Curitiba: Juruá, 1999. p.141, *apud* SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 27.

Mesmo com a estruturação dos Estados Europeus, durante os séculos XVII e XVIII, e o surgimento do absolutismo, não houve rompimento com a igreja. Pelo contrário, os reis absolutistas encontraram no sistema inquisitório um modelo ideal de conformação social.

O sistema inquisitório, como instrumento de conformação social, se dirigia essencialmente à parcela da sociedade mais pobre e, principalmente, contra as mulheres. Rose Marie Muraro lembra que a inquisição “visava recolocar dentro de regras de comportamento dominante as massas camponesas submetidas muitas vezes aos mais ferozes excessos dos seus senhores, expostas à fome, à peste e à guerra e que se rebelavam. E principalmente as mulheres.”⁶¹ Em seguida, a autora explica as razões pelas quais a inquisição transformou mulheres em bruxas:

Desde a mais remota antiguidade, as mulheres eram as curadoras populares, as parteiras, enfim, detinham saber próprio, que lhes era transmitido de geração em geração. Em muitas tribos primitivas eram elas as xamãs. Na Idade Média, seu saber se intensifica e aprofunda. As mulheres camponesas pobres não tinham como cuidar da saúde, a não ser com outras mulheres tão camponesas e tão pobres quanto elas. Elas (as curadoras) eram as cultivadoras ancestrais das ervas que devolviam a saúde, e eram também as melhores anatomistas do seu tempo. Eram as parteiras que viajavam de casa em casa, de aldeia em aldeia, e as médicas populares para todas as doenças.

Mais tarde elas vieram a representar uma ameaça. Em primeiro lugar, ao poder médico, que vinha tomando corpo através das universidades no interior do sistema feudal. Em segundo, porque formavam organizações pontuais (comunidades) que, ao se juntarem, formavam vastas confrarias, as quais trocavam entre si os segredos da cura do corpo e muitas vezes da alma.⁶²

A primeira característica do sistema inquisitório é que o rei é o depositário de toda a jurisdição penal. Por isso, pode exercer seu poder tanto diretamente como por meio da delegação a seus funcionários. A jurisdição é exercida de maneira hierarquicamente estruturada, possibilitando aos escalões superiores a reapreciação de uma causa julgada por um funcionário subalterno. É possível, até, a avocação da causa.⁶³

⁶¹ MURARO, Rose Marie. Breve introdução histórica. In KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O martelo das feitiçeras**. 17ª ed. Rio de Janeiro:2004, p. 14.

⁶² MURARO, loc. cit.

⁶³ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 447.

Mas a característica primordial é a unificação das funções investigatória, acusatória e julgadora em uma só pessoa. Esta unificação funcional não implica apenas na execução de atos processuais. A própria forma de condução do processo se modifica. Na boa passagem de Paulo Rangel, "o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação."⁶⁴ Ferrajoli esclarece que "o objeto do conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou anti-social e, para além dele, a pessoa do delinqüente."⁶⁵

A própria idéia de acusação é apenas formal na inquisição. Ao se conferir ao julgador a tarefa acusatória, e preponderando o suposto interesse público na repressão dos crimes, não há estabilidade da imputação penal. O inquisidor pode alterar – modificando, acrescentando ou subtraindo fatos a serem processados – a acusação a qualquer tempo.

Além da ausência das partes e instabilidade da acusação, ainda caracteriza o processo inquisitivo a administração concentrada do patrimônio probatório. A gestão da prova era de competência quase exclusiva do juiz⁶⁶.

Portanto, além da inexistência formal de partes, ainda vigorava sua relação de dependência para com o juiz em relação à prova. Não por menos, como se observará mais adiante ao tratar da inexistência de um sistema processual misto, Jacinto Coutinho estabelece como princípio unificador de um sistema a "gestão da prova", sendo acusatório aquele em que tal atividade estiver atrelada às partes, e inquisitório quando de incumbência do juiz⁶⁷.

Juan Montero Aroca vai mais além e sustenta que a própria ausência de partes acarreta a inexistência de um processo, em seu sentido técnico. Fundamenta sua idéia nos seguintes pontos:

⁶⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

⁶⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 70.

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista do IAP**, nº 28, 1999, p. 110.

O denominado processo inquisitivo não foi, e obviamente, não pode ser, um verdadeiro processo. Se este se identifica como *actum trium personarum*, em que ante um terceiro imparcial comparecem duas partes parciais, situadas em pé de igualdade e com plena contradição, e apresentam um conflito para que aquele o solucione atuando o direito objetivo, algumas das características que temos indicado próprias do sistema inquisitivo levam indubitavelmente à conclusão de que esse sistema não pode permitir a existência de um verdadeiro processo. Processo inquisitivo se resolve assim em uma contradição entre termo.⁶⁸

Não se concorda com a noção acima exposta, compartilhado o pensamento de Paulo Rangel⁶⁹, na medida em que o Processo Penal é instrumento de realização dos fins do Estado em relação aos delitos. Se esse processo adota princípios informadores de características inquisitórias e supressivas da atuação de uma das partes, o acusado, ele apenas está refletindo uma opção política do Estado no qual está inserido.

Não é exagerado afirmar que um processo acusatório é tão absurdo aos olhos absolutistas quanto um inquisitório aos garantistas.

Para garantir seus ideais, a inquisição consiste em uma investigação secreta e escrita. Secreta, como esclarece Maier,

responde às necessidades de uma investigação sem debate e a protocolização escrita dos resultados é a conservação do segredo e à necessidade, imposta pelo mesmo regime, de que outro, de maior escalão hierárquico de poder, possa revisar a decisão.⁷⁰

Outro diferencial do sistema inquisitivo é a descontinuidade da produção probatória. Não havendo estabilidade da acusação, podendo ser aditada a qualquer tempo, à medida que novas suspeitas apareciam, eram anotadas e imputadas ao acusado, conforme a conveniência do inquisidor. Pode-se dizer que a acusação decorria da atividade probatória, e não o contrário.

As provas tinham seu valor escalonado em um sistema de provas legal. A lei estipulava condições para que determinada prova fosse válida e, dentre as provas existentes, o grau de valoração de cada uma. Nessa perspectiva, a con-

⁶⁸ AROCA, Juan Montero. Principios del proceso penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 28-29, *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46, p. 47

⁶⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 47.

⁷⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 448, (tradução nossa).

fissão ganhava extrema relevância, em vista de seu alto valor, que sucumbia quaisquer outras provas produzidas pelo acusado em sentido contrário. A prova testemunhal, a título de exemplo, devia ser formada pelas palavras uníssonas de, pelo menos, duas pessoas.

A audiência tinha uma “condição resolutive”⁷¹, a confissão, e sua duração dependeria do tempo necessário ao juiz para extraí-la.

Por fim, é de se destacar que foi no sistema inquisitivo que nasceu a idéia de efeito devolutivo dos recursos⁷², corolário da delegação do poder judicante do soberano a seus funcionários. Assim, era da essência do sistema inquisitório a apelação, que servia muito mais como forma de os superiores hierárquicos manterem o controle de seus subalternos que, efetivamente, uma preocupação com as garantias individuais.

O sistema inquisitório, em sua plenitude, sucumbiu ao trunfo político do iluminismo, representado na Revolução Francesa, ao final do século XVIII, cedendo às necessidades de revalorização do ser humano e relativização do poder estatal.

1.3 O Sistema Acusatório

O sistema acusatório decorre da própria intuição humana. A vítima traz à sociedade a delação de seu ofensor, clamando por justiça. “É o processo do povo, mais facilmente acessível aos leigos em matéria jurídica”⁷³, como lembra José Laurindo de Souza Netto.

Inicialmente, deve-se distinguir sistema acusatório de princípio acusatório. Por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório.

O sistema acusatório implica um processo de partes, devendo o estudo deste sistema analisar a forma como se constituem, paradigma estático, e se

⁷¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 76.

⁷² MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 449.

relacionam, paradigma dinâmico, os quatro principais sujeitos: autor, réu, seu defensor e juiz. A característica marcante do processo acusatório reside na divisão dos poderes exercidos pelos sujeitos processuais. Ao acusador, cabe o exercício do poder de requerimento, ao imputado e sua defesa, o poder de resistir à imputação e, finalmente, ao julgador, cabe o poder de decisão.

Essa concepção tem suas raízes nas legislações orientais e nas experiências democráticas da antiguidade grega e romana. Obscurecida pelo regime imperial romano, renasce na península com o processo germânico e subsiste, com relativas atenuações, na época carolíngia.

Não obstante a Europa Continental tenha experimentado a triste expansão da inquisição desde o início da baixa Idade Média, é de bom alvitre lembrar que na Inglaterra o sistema acusatório sempre se manteve vigente e, até hoje, constitui o basilar do seu processo penal. “Empreendia-se um contínuo esforço para separar a Igreja do Estado e a aversão ao poder de Roma fez aparecer, nos tribunais da *common law*, a instituição do júri no lugar da Inquisição”⁷⁴. Nas colônias inglesas da América também houve influência da *common law* inglesa e a adoção irrestrita do processo de partes, mesmo após a independência dos Estados Unidos.

A verdadeira identidade do sistema acusatório é, porém, ligada ao Estado Republicano. A noção de participação popular e garantias individuais ante o governo, traços essenciais da república, informam o sistema acusatório e são incompatíveis com a inquisição. Não por acaso, como lembra Maier, a aplicação deste sistema coincide com o apogeu das repúblicas, tanto antigas (Grécia e Roma) como atuais (França)⁷⁵. Ressalve-se, como feito no parágrafo anterior, que foi em um Estado monárquico (Inglaterra) que o sistema acusatório se instalou e ainda conserva sua feição mais pura.

Na visão de Maier, o princípio fundamental que dá nome ao sistema acusatório,

[...]se afirma na exigência de que a atuação de um tribunal para decidir a causa e os limites de sua decisão estão condicionados ao reclamo (ação)

⁷³ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 22.

⁷⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 64.

⁷⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 444.

de um acusador e ao conteúdo deste reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) e, por outra parte, à possibilidade de resistência do imputado frente a imputação que lhe é atribuída.⁷⁶

Geraldo Prado destaca as principais premissas do princípio acusatório:

- a) o direito de ação, tanto como o de defesa, está voltado à conformação da decisão jurisdicional, em um caso penal concreto;
- b) é exercitado por pessoa ou órgão distinto daquele constitucionalmente incumbido de julgar;
- c) não se limita a iniciar o processo, pois o autor deseja ver reconhecida a pretensão que deduz, embora o não reconhecimento não implique afirmar-se a inexistência do direito de ação;
- d) inclui, por certo, o direito de provar os fatos que consubstanciam a acusação deduzida e de debater as questões de direito que surgirem;
- e) a acusação integra o direito de ação e, na medida em que dela se defenderá o acusado, delimita o objeto da contenda;
- f) E, por fim, legitima o autor a preparar-se adequadamente para propô-la, na medida em que, afetando gravemente o *status dignitatis* do acusado, não deve decorrer de um ânimo beligerante temerário ou leviano, mas fundar-se em uma justa causa.⁷⁷

Primeiramente, merece destaque o fato de que a jurisdição penal, em um legítimo sistema acusatório, está sediada em tribunais populares. Representantes do povo, em colegiado, assistem ao debate das partes, analisam as provas por elas apresentadas e, ao final, lançam seu veredicto. Não é difícil concluir que neste modelo o afastamento do julgador da produção probatória é muito maior, se é que existe, do que no modelo de julgador monocrático.

O órgão acusador define os limites da imputação, ao exercitar a ação penal estabiliza-se a relação processual penal e definem-se os limites do julgamento. Também, em contrapartida, determina-se o objeto do processo, da produção probatória e do exercício do direito de defesa.

Muito embora um raciocínio sumário possa levar à concepção de relação indissociável entre disponibilidade da ação penal e sistema acusatório, uma análise mais acurada desvela esta falácia. O princípio dispositivo não integra ou se

⁷⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, (tradução nossa).

⁷⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 119.

opõe ao princípio acusatório, sendo meramente acidental⁷⁸. O mesmo acontece em relação ao princípio da obrigatoriedade.

O fato de a acusação ficar em mãos privadas ou, por razões de interesse público, ser atribuída exclusivamente ou concorrentemente a um órgão oficial não se vincula a imposições do sistema acusatório. Para este, o paradigma inafastável é a existência da prévia acusação e que esta seja exercida por outrem, que não o julgador.⁷⁹ De outro lado, para Fernando da Costa Tourinho Filho, é inconveniente atribuir-se a acusação ao ofendido. Sustenta que acusados poderosos poderiam inspirar temor no acusador, e, além disso, muitas infrações poderiam ficar impunes.⁸⁰ Lembre-se, contudo, que essas razões ideológicas foram exatamente aquelas que deram base ao nascimento da inquisição.

O acusado, ao contrário do sistema inquisitório, é considerado um sujeito de direitos e colocado em posição de igualdade com o acusador. As medidas de encarceramento prévio são medidas de exceção. Rodrigo Chemim ressalta que "a liberdade do acusado no curso da instrução processual é regra a ser observada, já que somente será considerado culpado e poderá sofrer constrangimento privativo de liberdade, depois de regularmente condenado."⁸¹

O procedimento é um debate, público, oral, contínuo e contraditório⁸². A publicidade implica na oralidade e na continuidade do julgamento. Indiscutivelmente, a escrituração dos atos e a secção do julgamento em diversos atos isolados no tempo afastam a ciência popular da causa e propiciam o desvirtuamento do interesse público. Ideal, é a possibilidade de as partes procederem diretamente à inquirição das testemunhas em juízo, a exemplo da *cross examination* do direito anglo-saxão.

Acusação e defesa sustentam uma solução contraditória da solução de conflitos, apresentando verdadeiras "propostas excludentes de sentença"⁸³. Daí ser correto afirmar que o processo acusatório é um sistema democrático de administração da justiça penal.

⁷⁸ DEU, Tereza Armenta. **Princípio Acusatório y Derecho Penal**. Barcelona: J M Bosch, 1995, p. 22.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol.1, 18ª ed, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 86

⁸¹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Curitiba:Juruá, 2002, p. 130.

⁸² MAIER, Julio B. J.**Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 445.

⁸³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 116.

A valorização da prova não se coaduna com o sistema de "provas legais", adotado pela inquisição. A decisão é proferida com base em uma persuasão racional.

Sobre os poderes instrutórios do juiz, destaca Geraldo Prado que "quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador."⁸⁴ A idéia do autor guarda certa pertinência lógica, principalmente se verificados os fundamentos psicológicos de sua conclusão, resumindo-se no seguinte trecho, "ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do *thema probandum* e, sem dúvida, também das conseqüências jurídicas que podem advir da positividade da questão fática".⁸⁵ Portanto, o autor defende que durante a instrução o juiz não exercite atividade instrutória, salvo em favor da defesa e de maneira supletiva. Outrossim, o juiz deve buscar equilibrar a paridade de armas entre as partes. Neste aspecto faz um paralelo com a Justiça do Trabalho, em que o trabalhador geralmente encontra-se em um desnível social tão grande em relação ao empregador que o Judiciário busca, por equidade, restabelecer uma igualdade de partes.

O afastamento do julgador da atividade probatória, contudo, não é tema tranqüilo. Embora não seja o foco deste trabalho, considera-se, a exemplo de Armenta Deu⁸⁶, a viabilidade da atividade instrutória do julgador, desde que não seja colocada em risco a imparcialidade do julgamento.

1.4 Inexistência de um Sistema Misto

Ao se trabalhar com sistemas processuais penais inicialmente vem em mente a trilogia: sistema acusatório, sistema inquisitório, sistema misto.

⁸⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 129.

⁸⁵ PRADO, loc. cit.

⁸⁶ "[...]cabe afirmar, en tal sentido, que se ajusta perfectamente al sistema acusatorio un proceso penal en donde la instrucción esté dirigida por el juez, siempre y cuando se garantice plenamente la repetida escisión de funciones acusadora y enjuiciadora. No es cierto, por contra, que la existencia de una instrucción atribuida al fiscal preserve en mayor medida la imparcialidad, y sí, si acaso, ponga em peligro la imparcialidad em ese supuesto del órgano acusador." DEU, Tereza Armenta. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona: J M Bosch, 1995, p. 45.

A par das matrizes trabalhadas nos itens anteriores, os Estados também adotaram uma estrutura de processo penal baseada simultaneamente em elementos oriundos tanto do sistema inquisitório quanto do acusatório. Daí a doutrina denominá-la sistema misto, na medida em que mescla diretrizes presentes nos dois modelos históricos.

O marco de nascimento do sistema dito misto foi o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, conhecido também como napoleônico.

Estruturou-se no sistema inquisitório do antigo regime, pois manteve a filosofia inquisitória para a instrução preparatória, confiada a um juiz de instrução, e no sistema acusatório, com uma audiência de julgamento pública, oral e contraditória, na qual a matéria de fato era decidida por um júri.⁸⁷

A idéia rapidamente se alastrou pela Europa continental e suas colônias, tornando-se um modelo de processo penal vigente na maioria dos Estados de legislação codificada. A prevalência das diretrizes acusatórias ou inquisitórias variou conforme as diretrizes políticas dos Estados, como verificado nos itens anteriores. Em regra, na primeira fase a investigação ficava a cargo de autoridades administrativas e os traços inquisitivos prevaleciam. Fixadas materialidade e autoria, o caso era denunciado à autoridade judicial e inaugurava-se uma nova fase, na qual ganhava destaque o sistema acusatório. Mas o traço mais marcante sempre foi que “...a situação do acusado na primeira etapa era muito diferente da que gozava na segunda”⁸⁸, pois somente nesta, e não raras vezes de forma mitigada, lhe eram assegurados a ampla defesa e o contraditório.

Luigi Ferrajoli expõe severas críticas ao sistema misto, chegando a intitulá-lo como um “monstro [...] tendencialmente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.”⁸⁹

Não obstante ser o modelo adotado na era moderna pelos países de legislação codificada, a doutrina trava árdua discussão acerca da caracterização desta fórmula como sistema. Alguns sustentam que este modelo pode, sim, ser con-

⁸⁷ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 32.

⁸⁸ SOUZA NETTO, loc. cit.

siderado como um sistema e outros, que tal promiscuidade geraria uma estrutura assistemática.

Nesse contexto, revela-se de especial importância a noção de sistema processual formulada pelo italiano Franco Cordeiro, adotada e defendida no Brasil pelo professor Jacinto Coutinho. Nesse texto, o jurista paranaense depura a noção de sistema processual e, em conclusão, desconsidera a existência de um sistema misto. Para o autor, a idéia básica de sistema jurídico é "conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade."⁹⁰

Com essa premissa, ressalta a noção de que os sistemas processuais decorrem diretamente de um princípio processual unificador, um princípio eleito como base do respectivo subsistema jurídico e que lhe dará a feição. Os sistemas processuais penais, quais sejam, inquisitório e acusatório, são regidos, respectivamente, pelos princípios inquisitivo e dispositivo.⁹¹ Contrariando essa idéia, para Armenta Deu, um processo não é mais, ou menos, acusatório se contempla o princípio da obrigatoriedade (legalidade) ou oportunidade.⁹²

A diferenciação destes dois sistemas processuais, inquisitório e acusatório, se faz por meio dos princípios unificadores, determinados, na opinião de Jacinto Coutinho, pelo critério de gestão da prova⁹³. No sistema inquisitivo o julgador detém a gestão da prova; já no sistema acusatório este poder está nas mãos das partes. Entretanto, em ambos os casos o processo é um instrumento de descoberta da verdade histórica. Nesses termos, Coutinho conclui que:

[...]finalmente, diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que o estruturam, pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil⁹⁴.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454.

⁹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista do IAP**, nº 28, 1999, p. 109.

⁹¹ *Ibid.*, p. 110.

⁹² DEU, Tereza Armenta. **Principio Acusatório y Derecho Penal**. Barcelona: J M Bosch, 1995, p. 22.

⁹³ COUTINHO, op. cit., p. 110.

De outro lado, posição que se acredita ser mais sensata, cita-se como exemplo a ponderação de Armenta Deu, a iniciativa probatória do julgador não desnatura o sistema acusatório, desde que oportunizado o contraditório.⁹⁵ Essa perspectiva admite uma concepção mais estrita do princípio acusatório sem que tal leve à falência do sistema homônimo.

Reforçando a idéia, Frederico Marques adverte que a adoção dos referenciais históricos para determinar um sistema como acusatório ou inquisitório pode ser imprecisa. É que se faz a apresentação destes sistemas contemplando outros princípios e regras que não lhe são absolutamente inerentes. E o autor estabelece como base do sistema acusatório apenas os seguintes conceitos: a) separação entre os órgãos de acusação, defesa e julgamento; b) igualdade de partes e liberdade de defesa; c) contraditório; d) livre apresentação das provas pelas partes; e) impulso processual autônomo pelas partes. De outro lado, o sistema inquisitório se fundamenta apenas nos seguintes conceitos: a) concentração das funções de acusação e julgamento em um só órgão; b) restrição do direito de defesa, cabendo ao juiz suprir a atividade do acusado; c) supressão ao juiz, do dever de reunir, por sua própria atividade, o material do litígio; d) impulso processual *ex officio*.⁹⁶

Ainda é importante mencionar que no direito moderno não há mais sistema processual puro, razão pela qual se têm, todos, como sistemas mistos. Contudo, adotando como paradigma o pensamento exposto por Coutinho, não é possível sustentar um princípio misto, o que, por evidente, desfiguraria o dito sistema.

João Gualberto Garcez Ramos vai mais além. Sustenta que “o processo penal que não apresente todas as características de um ‘sistema’ não poderá, sem prévia renúncia à precisão dos conceitos, ser qualificado como tal.”⁹⁷ Para o autor, deve-se reservar a denominação “sistema” àquela estrutura externa do processo penal que possua uma coerência intrínseca, circunstância que apenas os sistemas acusatório (no modelo adversary system inglês) ou inquisitório (puro), possu-

⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista do IAP**, nº 28, 1999, p. 111.

⁹⁵ DEU, Tereza Armenta. **Princípio Acusatório y Derecho Penal**. Barcelona: J M Bosch, 1995, p. 50.

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In **Estudos de direito processual penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 19.

⁹⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 25.

em⁹⁸. Daí sugerir que as formas mistas devem receber a denominação de sistemas “predominantemente” inquisitório ou acusatório⁹⁹.

Defende-se neste estudo que ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.¹⁰⁰

Sintetizando, se for correto afirmar que direito é poder, este poder se exerce no plano real sobre a sociedade mediante o processo penal. É por meio dele que o Estado submete coercitivamente aos indivíduos suas diretrizes. E a adequação do processo penal à ideologia do Estado se dá pelo sistema processual eleito, substancialmente inquisitivo ou acusatório.

Acredita-se que o melhor critério distintivo entre inquisitório e acusatório não seja a gestão da prova, conforme sustenta Jacinto Coutinho mas, sim, a gestão da atividade postulatória. Esta atividade postulatória, obviamente, não se circunscreve ao direito de ação, mas também ao desenrolar do processo, ao acesso das partes aos atos processuais e à atividade probatória.

Não há sistemas processuais nem puros, nem mistos. Sempre haverá elementos de um modelo histórico permeando o outro. Se tais elementos acidentais contaminam a unidade interna de tal maneira a desfigurá-lo como sistema, opera-se verdadeira mutação de uma sistema para outro. Os elementos até então secundários passam a ser dirigentes, aquilo que antes era princípio unificador passa a ser coadjuvante.

Dois pontos fundamentais que ainda impedem os sistemas contemporâneos de alcançarem uma maturidade jurídica, fundada no sistema acusatório, são a escrituração dos atos e a descontinuidade do julgamento. A forma escrita acentua o segredo dos julgamentos e a segmentação dos atos, além de delongar a resolução da causa, prejudica a imediação entre o julgador e as partes.

Se o processo penal deve ser regido por um sistema e este, para não se desnaturar como tal, deve manter uma relação harmônica entre os temas, relação esta ditada por um princípio unificador, não há espaço para sustentar um sistema misto. Se a civilização moderna busca valorizar a dignidade da pessoa humana e a adoção do processo como garantia, o direito processual deve se voltar ao

⁹⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 25-26.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 26.

aperfeiçoamento do sistema acusatório, extirpando gradualmente as influências inquisitivas que ainda o permeiam.

No Brasil, o Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, nasceu e vigeu durante décadas fulcrado na primazia dos interesses do Estado sobre as liberdades do cidadão. Entretanto, com a Constituição Federal de 1988 houve profunda modificação no foco de atenção da República Federativa. A nova carta política contemplou, como nenhuma outra antes, a pessoa humana como centro dos interesses nacionais.

Nesse novo contexto, antropocêntrico, garantidor da dignidade da pessoa, o processo penal passa a exigir uma releitura das normas sob a ótica da nova ordem constitucional. Até porque “[...]a validade das normas está necessariamente condicionada ao sistema de processo penal adotado, não só pelo contexto em que e para que se produziram, mas, sobretudo, pela harmonização com os princípios constitucionais[...]”¹⁰¹.

O reenquadramento do sistema processual penal brasileiro passa a exigir, então, um estudo dos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988. Somente à luz destes princípios será possível visualizar um sistema processual essencialmente acusatório, bem como extirpar as influências inquisitivas que ainda maculam o interrogatório do acusado.

1.5 Princípios Constitucionais do Processo Penal Brasileiro

Para que se possa conhecer o processo penal brasileiro é preciso identificar os princípios que o ordenam. Pode-se conceituar o termo “princípios” como “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”¹⁰².

Daí ser correto dizer, consoante lição de Ruy Samuel Espíndola,

¹⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista do IAP**, nº 28, 1999, p. 111.

¹⁰¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 17.

[...]que os princípios, enquanto normas, desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa. Aqui se entende sistema como a totalidade do direito positivo, e subsistemas, como suas ramificações estrutural-normativas. Exemplo: o Direito Privado, o Direito Civil, o Direito das Obrigações, o Direito Administrativo etc.¹⁰³

Nesses subsistemas, no qual se incluem como exemplo o Direito Penal e o Direito Processual Penal, as normas constitutivas de cada um não vivem isoladas, mas fazem parte de um sistema em que os princípios jurídicos - positivos ou gerais do direito - "atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de tal sorte que constituem um bloco sistemático"¹⁰⁴. Muito embora "os princípios sejam encontrados em todos os escalões da 'pirâmide jurídica'"¹⁰⁵, os princípios constitucionais são os mais importantes, porque além de sobrepair sobre os demais, ainda iluminam a compreensão, interpretação e aplicação até das regras constitucionais¹⁰⁶.

Para Marco Antônio Marques da Silva, os princípios constitucionais proporcionam as regras para os quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar as conseqüências jurídicas¹⁰⁷. Na realidade, não são somente regras que os princípios constitucionais proporcionam, mas também outros princípios ou subprincípios aplicáveis à prova no campo do direito processual penal que deles derivam.

Afora os princípios de ordem constitucional, fazem parte do arcabouço jurídico nacional aqueles previstos em tratados de direito internacional ratificados pelo Brasil. Tais Instrumentos integram o direito brasileiro a nível constitucional, por força do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988¹⁰⁸. O respeito aos

¹⁰² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60.

¹⁰³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 246.

¹⁰⁵ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 28.

¹⁰⁶ CARRAZA, loc. cit.

¹⁰⁷ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 15.

¹⁰⁸ "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

tratados internacionais também é previsto, no plano infraconstitucional, no Código de Processo Penal Militar¹⁰⁹, que prevê:

Art. 1º O processo penal militar reger-se-á pelas normas contidas neste Código, assim em tempo de paz como em tempo de guerra, salvo legislação especial que lhe fôr estritamente aplicável.

Divergência de normas

1º Nos casos concretos, se houver divergência entre essas normas e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas.

[...]

Art. 4º Sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, aplicam-se as normas dêste Código:

Nesses termos, indiscutível a importância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil pela sua incorporação à ordem jurídica nacional.

Mas os princípios não podem ser vistos pelo intérprete como mero adorno legal. É necessário que se mantenha uma cumplicidade entre Constituição e regras infraconstitucionais, principalmente as de caráter processual penal. Cândido Rangel Dinamarco destaca o caráter sinalagmático da relação Constituição x normas infraconstitucionais:

A constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico. A bipolaridade dessas influências associa-se, naturalmente, ao reconhecimento do poder que os juízes exercem, como guardas da Constituição e responsáveis pela sua interpretação fiel e cumprimento estrito.¹¹⁰

Não só no campo jurídico os princípios constitucionais têm seu espaço de influência. Como lembra José Laurindo de Souza Netto, “dos princípios que informam o Estado Democrático de Direito inseridos na Carta Magna Brasileira são extraídos os elementos de política criminal, aos quais está o legislador infraconstitu-

¹⁰⁹ DL 1002/69.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 41.

cional subordinado.”¹¹¹ Estão intimamente ligados ao regime de governo adotado e podem formar, como lembra Cândido Furtado Maia Neto, a base de um sistema penal democrático ou de um antidemocrático¹¹².

1.5.1 Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal encontra-se inserido na Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LIV. Narr a o texto que "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Consiste na exigência de forma preestabelecida em lei para a validade dos atos e termos do processo¹¹³.

A previsão normativa do processo se inicia já com competência legislativa. É que, atualmente no Brasil, sendo de competência federal legislar sobre processo, civil ou penal, é vedado aos Estados-membros editarem legislação disciplinando normas processuais, cabendo-lhes apenas a sua organização judiciária, sendo-lhes proibido criar outra legislação que não esteja expressamente prevista ou autorizada pela própria Constituição Federal.

De tão grande importância é o princípio do devido processo legal que dele decorrem outros princípios, como, por exemplo, o do juiz natural, do contraditório e da publicidade. Nesse sentido é o entendimento de Nelson Nery Júnior:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do 'due process of law' para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença Justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.¹¹⁴

¹¹¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 16.

¹¹² MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada**. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 35.

¹¹³ DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 687, p. 253.

¹¹⁴ NERY JÚNIOR. **Princípios constitucionais do processo civil na constituição federal**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

Originariamente, a cláusula *law of the land*, encontrada na Magna Charta inglesa de 1215, evidenciou, pela primeira vez, que o princípio seria um direito a um julgamento legal pelo costume da terra. O termo *due process of law* somente foi utilizada no reinado de Eduardo III, na lei inglesa de 1354, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*¹¹⁵.

Os dissidentes protestantes ingleses, ao emigrarem para a América, em 1607, é que, ao trazerem da Europa os fundamentos do *common law*, acabaram por introduzir o princípio do *due process of law*. Esse princípio acabou sendo adotado na 5ª e 14ª emendas da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, muito embora algumas constituições estaduais americanas já o consagassem anteriormente, como as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts¹¹⁶.

Na revolução francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 02.10.1789, contemplou expressamente, em seu artigo 7º, a necessidade de obediência à legalidade para se acusar, deter ou prender alguém. Determinou-se, inclusive, que os infringentes de tal garantia deveriam ser punidos¹¹⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹⁸ adota, no seu artigo 11, a previsão de que todo homem acusado da prática de um ato delituoso tem o direito de que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei, vale dizer, há previsão de uma lei anterior que determine a forma e o modo pela qual a culpabilidade deve ser provada e, por consequência, de um devido processo legal.

A Organização das Nações Unidas, através do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovada em 1966¹¹⁹, prescreveu em seu artigo 14,3 uma série de garantias às pessoas acusadas de prática de delito, inerentes ao princípio do devido processo legal:

¹¹⁵ NERY JÚNIOR. **Princípios constitucionais do processo civil na constituição federal**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 32-33.

¹¹⁷ “Ninguém pode ser acusado, preso, nem detido, senão nos casos determinados pela lei, e segundo as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, ou fazem executar, ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão chamado em virtude da lei deve obedecer incontinenti; ele torna-se culpado em caso de resistência.”

¹¹⁸ Aprovada pela 3ª Sessão Ordinária da Assembléia Geral da ONU, em 10.12.1948.

¹¹⁹ Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992.

- a) de ser informada, dentro do mais breve tempo possível, em uma língua conhecida e de maneira detalhada, sobre a natureza e as razões da acusação contra ela formulada;
- b) de dispor de tempo e facilidades necessários para a preparação de sua defesa e para comunicar-se com advogado de sua escolha;
- c) de ser julgada sem excessivo atraso;
- d) de estar presente ao processo e de defender-se, por si mesma ou com assistência de um defensor de sua escolha; se não tiver defensor, de ser informada sobre o direito de constituí-lo e, sempre que o exija o interesse da justiça, de ser assistida sem despesas por um defensor de ofício, se não tem meios para remunerá-lo;
- e) de inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de defesa, nas mesmas condições que as de acusação;
- f) de ser assistida gratuitamente por um intérprete, se não entender ou não falar a língua utilizada no processo;
- g) de não ser obrigada a testemunhar contra si mesma ou confessar-se culpada.

Na Constituição brasileira, o princípio da legalidade é exigido para a validade dos atos da administração pública (artigo 37); para exigir ou aumentar tributo (artigo 150, I); para criminalizar condutas e impor penas (artigo 5º, XXXIX) e para privação da liberdade ou dos bens (artigo 5º, LIV). No campo administrativo, tributário e penal o princípio da legalidade possui outra conotação, diversa da esfera processual. Somente nesta última área do direito é que o princípio da legalidade significa o mesmo que devido processo legal.

José Celso de Mello Filho, dissertando sobre o devido processo legal, à luz da Constituição de 1969, arrola os direitos abrangidos pelo princípio: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da peça acusatória; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação destas para comparecimento perante os Tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis editadas *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas ou ilegitimamente produzidas; h) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação; k) direito de não ser subtraído ao seu juiz natural¹²⁰.

Por sua vez, Nelson Nery Júnior afirma que, num sentido genérico, o princípio do devido processo legal está assentado no trinômio vida-liberdade-

¹²⁰ MELLO FILHO, José Celso de Mello. **Constituição federal anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 448.

propriedade, de sorte que tudo que decorrer ou disser respeito à tutela desses três direitos fundamentais estará sob proteção do *due process of law*¹²¹.

O devido processo legal não se destina tão somente ao aplicador ou intérprete da lei, mas também tem a finalidade de informar o comportamento do legislador, que deverá obedecer a uma definida e regular elaboração da lei processual penal, sempre preestabelecendo normas processuais, às quais se submeterão as partes e que, também, deverão ser obedecidas pelo Estado-juiz.

O devido processo legal deve ser obedecido não somente nos processos judiciais, civis e penais, mas também em procedimentos administrativos e nos militares, bem como nos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De outra parte, com a obediência ao devido processo legal evita-se a ocorrência de nulidades do processo, pois veda a ação arbitrária do Estado, buscando uma correta atuação do poder jurisdicional. É o próprio processo que fica garantido pelo princípio.

O princípio do devido processo legal acaba por efetivar um controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes, também protegendo o indivíduo contra a arbitrariedade do legislador e de uma lei inconstitucional.

Assim é que o princípio é tido como garantia do processo e da jurisdição, além de ser proteção subjetiva do cidadão, e se dirige a todos os sujeitos processuais, configurando verdadeira exigência de “uma prática democrática, sobretudo conforme a Constituição”¹²².

Portanto, como anotou Ada Pellegrini Grinover, é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. É preciso que o processo se desenvolva com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, o uso dos meios de prova, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição, sem os quais não se caracterizaria o devido processo legal¹²³.

¹²¹ NERY JÚNIOR. **Princípios constitucionais do processo civil na constituição federal**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

¹²² SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 114.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 19.

1.5.2 Ampla Defesa e Contraditório

Corolário lógico do princípio do devido processo legal é o da ampla defesa e contraditório. A Constituição Federal proclama, no seu artigo 5º, inciso LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Esses direitos já estão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 11, parte final do inciso 1º.

Ampla defesa e contraditório fazem um binômio de garantias decorrentes do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito¹²⁴. O contraditório constitui, notadamente no processo penal, um anseio de justiça com base na isonomia entre as partes, muito embora se aplique também a qualquer outro tipo de lide, judicial ou administrativa.

Desde os tempos antigos já procurava-se afirmar mediante duas fórmulas consagradas nos brocardos latinos *audiatur ei altera pars* e *nemo potest inauditum damnari*¹²⁵.

Consiste o contraditório na audiência bilateral, em que ambas as partes têm as mesmas oportunidades de apresentar suas alegações e demonstrar a procedência de suas pretensões, e as mesmas oportunidades de prova para a demonstração da veracidade e da justiça de suas alegações. Assenta-se num ideal de justiça a determinar o tratamento paritário das partes, a fim que haja o mais perfeito equilíbrio entre as suas respectivas atividades processuais.

O desrespeito ao contraditório causa nulidade processual insanável. Não se admite um processo em que somente uma das partes possa apresentar suas alegações e produzir provas sem que a outra se manifeste.

No processo penal, o contraditório deve ser efetivo, ou seja, ao contrário do processo civil, exige-se defesa técnica substancial do réu, ainda que seja ele revel. Nesta esteira, para que se tenha por obedecido ao mandamento constitucional do contraditório, existe a norma do artigo 497, V, do Código de Processo Penal, mandando seja dado defensor ao réu, quando o juiz o considerar indefeso.

¹²⁴ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 18.

¹²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 149.

Ainda, no âmbito do processo penal, o princípio do contraditório estabelece regras para o equilíbrio de forças entre acusação e defesa, dando-se as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais no tocante à liberdade na produção e contestação das provas e à garantia em favor de uma parte do direito de responder as alegações da outra (Código de Processo Penal, artigos 395 e seguintes; 499 e 500). Nesse sentido é que a segurança do contraditório abrange a instrução *lato sensu* e, nas palavras de Mirabete: "incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes"¹²⁶.

Ao lado do contraditório, como seu consectário, a Carta Constitucional se refere à ampla defesa. Tem importância a divisão, pois uma interpretação literal poderia dar azo à conclusão de que a manifestação da defesa antes da acusação atenderia ao contraditório. Conseqüência do regime democrático, o princípio da ampla defesa exige a separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador. Ademais ao acusado é garantido ter sempre a última palavra quanto ao mérito do processo.

Não haverá processo democrático nem imparcialidade do juiz se não houver a ampla defesa. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci observam que esse princípio, numa concepção moderna, compreende o direito de informação (citação válida); na bilateralidade da audiência (princípio do contraditório como decorrência da ampla defesa) e no direito à prova legitimamente obtida ou produzida¹²⁷.

O exercício da defesa, portanto, é amplo, não comportando qualquer cerceamento, salvo a proibição das provas ilícitas, que é uma vedação constitucional, e as restrições derivadas de limites estabelecidos na lei civil. Marco Antônio Marques da Silva coloca que a garantia da ampla defesa também proíbe a *reformatio in pejus* e a falta de correlação entre a acusação e sentença.¹²⁸

Cândido Furtado Maia Neto vai além, ressaltando que até no plano do direito internacional a ampla defesa tem assento:

¹²⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

¹²⁷ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 61-71.

¹²⁸ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 21.

O princípio da ampla defesa, como o próprio nome já diz, é muito amplo, e mais amplo do que muitos juristas imaginam. Por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em uma de suas decisões, exarou que, tratando-se de réu estrangeiro, se faz necessário, para não anular o ato judicial, no interrogatório, além do defensor constituído e habilitado para atuar na justiça do País, em que está tramitando o processo-crime, é precisa a presença física de agente da representação diplomática de seu País (ver decisão da Corte Interamericana de Justiça da OEA, sobre a correta interpretação da cláusula 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969); cláusula 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU/1966) San José 1969; e as Convenções sobre Relações Diplomáticas e Consulares).¹²⁹

Ampla defesa e contraditório são garantias inerentes ao Estado democrático e sua real interpretação não se resume à disponibilidade de acesso do acusado aos meios de defesa, mas o efetivo asseguramento de que tal direito será efetiva e competentemente exercido.

1.5.3 Juiz Natural

O princípio do Juiz natural também é consectário do devido processo legal, constituindo o órgão jurisdicional instituído por lei e com a competência estabelecida ao tempo da prática do fato¹³⁰. Nasceu das idéias iluministas francesas com o intuito de limitar o poder absoluto dos governantes, que não se restringia à administração, marcando a justiça com os mesmos caracteres déspotas.

A esse respeito, a Constituição Federal dispõe que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", e também que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" (artigo 5º, incisos LIII e XXXVII, respectivamente).

O princípio do juiz natural, que se consubstancia em verdadeiro postulado constitucional, está inserido na garantia do Estado de Direito, quando a Constituição nacional prevê a existência de um órgão com competência para julgar

¹²⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul** - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 61.

¹³⁰ DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 687, p. 257.

determinados casos e a proibição da existência de um tribunal de exceção. Significa, portanto, que ninguém pode ser julgado ou processado senão pelos juizes e tribunais determinados pela própria Constituição como competentes para tanto.

No modelo brasileiro, é a própria Constituição que atribui aos órgãos jurisdicionais as competências de jurisdição, funcional e objetiva, sem se preocupar com a competência de foro, regulada pelos Códigos. Dessa forma, pode-se afirmar que o juiz natural é o órgão constitucionalmente competente, daí por que ser ele também chamado de princípio do juiz constitucional.

A proibição da existência e criação de tribunal de exceção, segundo Nelson Nery Júnior, é complemento do princípio do juiz natural¹³¹. Assim, não se admite a possibilidade de reconhecer-se como legal o juiz *ex post factum*, razão pela qual a anterioridade é que prevalece como estabelecimento do juiz natural.

Já desde o seu nascimento histórico, apresentou-se com um duplo significado, a saber: a) o de que ninguém pode ser subtraído da jurisdição do Juiz constitucionalmente previsto, explícita ou implicitamente, para o julgamento de cada caso; b) o de que não pode haver juízo ou tribunal de exceção.

Deve ser destacado, no entanto, que o princípio do juiz natural nem sempre é utilizado nessa dupla conotação, às vezes assumindo tanto o primeiro significado, como o segundo. Outrossim, “ressalte-se que o juiz especial não deve confundir-se com o juiz especializado. Este último faz parte da Magistratura e tem competência sobre determinados tipos de controvérsias”¹³².

Também é interessante destacar que a prévia regulação da autoridade judiciária ao fato delituoso cometido constitui garantia contra represálias de ordem subjetiva. Nesse contexto, como sustenta José Laurindo de Souza Netto, a transferência de competência jurisdicional, *ex post facto*, fundada em critérios gerais e objetivos não ofende o princípio, ainda mais quando tal procedimento culmine em conferir maior gama de defesas ao acusado. Daí porque ser imediatamente aplicável a Lei nº 9.299/96, que transferiu ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis¹³³.

Historicamente, o princípio nasceu com a Carta Magna inglesa de 1215; todavia, a expressão juiz natural apareceu, pela primeira vez, na Carta france-

¹³¹ NERY JÚNIOR. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

¹³² SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 80.

sa de 1814, muito embora outras designações, com o mesmo significado, tenham sido utilizadas. Na Espanha, por exemplo, foi adotada a expressão juiz competente, na Constituição de 1876, sendo mantida na Constituição Republicana de 1931. A Constituição de Weimar, de 1919, denomina o princípio do juiz natural como do juiz legal (gesetzlicher Richter), mantendo a expressão, em 1949, na Lei Fundamental de Bonn¹³⁴.

No Brasil, o princípio do juiz natural teria aparecido na Constituição de 1934, quando houve a previsão de vedação à existência e criação de tribunais de exceção, muito embora parte da doutrina entenda que, com exceção da Constituição de 1937, o princípio do juiz natural já era previsto nas demais constituições, mas com outras designações¹³⁵.

A preocupação por um julgamento justo e imparcial fez com que o princípio fosse adotado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu artigo 10, e também no Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, no artigo 8º, 1.

Não obstante o princípio do juiz natural encontrar-se, na nossa Constituição, no contexto do processo penal, tem ele aplicação no processo judicial, civil ou penal, bem como no procedimento administrativo.

Anota Figueiredo Dias a existência de um triplo significado para o princípio: a) em função da fonte (só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência); b) em referência ao tempo (previsão do juiz e da respectiva competência já ao tempo em que foi praticado o fato criminoso que será objeto do processo) e c) em atenção a uma ordem taxativa de competência (com exclusão de qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente, com proibição das jurisdições de exceção)¹³⁶.

Em suma, o princípio tem como finalidade garantir um julgamento imparcial, por um órgão competente.

1.5.4 Publicidade

¹³³ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 83.

¹³⁴ STASIAK, Vladimir. O princípio do juiz natural e suas implicações no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, n. 776, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 455.

¹³⁵ STASIAK, loc. cit.

¹³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 322-323.

É previsão constitucional que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (artigo 93, IX). Encontra-se aí a consagração do princípio da publicidade dos atos processuais.

Fruto do direito moderno que se assenta em premissas de ordem democrática, o princípio da publicidade quer dizer que os atos processuais devem ser públicos, realizados a portas abertas, só se restringindo a publicidade quando a própria lei a dispuser.

A nossa Carta Magna, reafirmando o princípio da publicidade no capítulo referente aos direitos individuais e coletivos, dispõe: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (artigo 5º, LX).

Isso quer dizer que a publicidade é a regra das audiências, sessões e atos processuais, enquanto o segredo constitui a exceção em casos expressamente estabelecidos¹³⁷.

Lauria Tucci e Cruz e Tucci ressaltam que a garantia da publicidade não se traduz na exigência da efetiva presença do público ou dos meios de comunicação aos atos em que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais do que uma simples "potencialidade abstrata" (como quando, por exemplo, não se tem conhecimento da data, horário e do local da realização de determinado ato: a publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico)¹³⁸.

No Código de Processo Penal o princípio vem consagrado no artigo 792, mas, como já se notou, não é ele absoluto, podendo sofrer algumas limitações expressamente previstas, oportunidade em que o juiz declara o sigilo, como o permite o artigo 792, § 1º, do Código de Processo Penal e o inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal.

1.5.5 Presunção de Inocência e Direito ao Silêncio

¹³⁷ DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 687, p. 264.

A presunção de inocência surgiu nas teorias iluministas baseadas na constatação lógica de que “ao processo criminal são submetidos tanto culpados quanto inocentes”¹³⁸. Daí a máxima popular de que é preferível a absolvição de dez culpados à condenação de um inocente.

O princípio da presunção de inocência se encontra assentado constitucionalmente no artigo 5º, inciso LVII, da nossa Magna Carta, *in verbis*: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Significa que o acusado é inocente até prova em contrário, e somente após a regular formação da culpa é que se pode considerar culpado quem é, inicialmente, inocente. Interessante a observação de José Laurindo de Souza Netto, a respeito do fato de que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a explicitar o princípio:

Antes da promulgação da Constituição de 88, [...], não existia em nosso ordenamento a presunção de inocência como direito fundamental. A questão era tratada pela doutrina e pela jurisprudência no princípio do *in dubio pro reo*, acolhido pelo CPP no art. 386, VI.¹⁴⁰

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 9º, já dispunha acerca da presunção de inocência¹⁴¹. Assim também o artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Estes textos humanitários acabaram inspirando outros, como a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artigo 6.2), o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (ONU)¹⁴², artigo 14.2, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8º, 2¹⁴³.

¹³⁸ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 72.

¹³⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:Juruá, 2003, p. 154.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 157.

¹⁴¹ “Todo homem é presumido inocente, até que tenha sido declarado culpado e se for indispensável será preso, mas todo rigor que não for necessário contra sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.”

¹⁴² Aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992.

¹⁴³ “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

A presunção de inocência, sob o influxo dos textos internacionais acerca dos direitos humanos, aos quais se filiou nossa legislação, é instituto de natureza eminentemente processual, e apresenta três significados distintos: um no campo probatório, outro como regra de tratamento do acusado, e, por último, como regra de garantia.

No campo probatório, o princípio significa que o ônus da prova deve recair sobre a acusação. Caberá ao órgão acusador trazer ao processo os elementos de prova necessários para obter a condenação do acusado. Se dúvidas persistirem a respeito da culpabilidade do imputado, o julgador deverá, obrigatoriamente, absolvê-lo.

Já como postulado dirigido ao tratamento do acusado, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, devendo-se partir da idéia de que o acusado é inocente. Em decorrência, deve-se restringir ao máximo a utilização de medidas cautelares restritivas de direitos a ele aplicadas, como, por exemplo, a prisão preventiva.

Num terceiro significado, se apresenta como regra de garantia de que a colheita de provas deve obedecer rigorosamente ao devido processo legal. O princípio se soma aos demais já expostos neste capítulo, em especial o devido processo legal, não sendo correta sua interpretação isolada no sistema. Assim sendo, não é qualquer comprovação de culpa que se coaduna com o Estado de Direito, devendo ser observado na atividade probatória o ordenamento jurídico vigente. Cite-se como exemplo a vedação constitucional à utilização da prova obtida por meio ilícito (artigo 5^o, inciso LVI). A inobservância desta cláusula leva à violação do princípio da presunção de inocência.

Por fim, cabe lembrar que “a inocência do cidadão não se presume, deve ser assegurada pelo Estado até decisão final firme [...]”¹⁴⁴.

Corolário da presunção de inocência é o direito ao silêncio. A opção do acusado em responder aos questionamentos do julgador ou permanecer calado se atrela diretamente ao modelo processual adotado. Em sistemas inquisitórios, nos quais o réu é tratado como mero objeto do processo, o silêncio não é admitido e já se justificou o emprego de ordálias ou outros meios de tortura para extrair a versão do arguido, mormente sua confissão de culpa.

¹⁴⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul** - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 57.

Deve ser compreendido como um direito à opção e, para tanto, cabe ao juiz lembrar ao arguido, antes de iniciar o interrogatório, de tal possibilidade. Segundo Claus Roxin, há a necessidade de o acusado ser informado da possibilidade de silenciar sobre todas as circunstâncias concernentes aos fatos imputados, bem como de que, conforme a lei, é livre para decidir se quer ou não declarar sobre eles¹⁴⁵. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho lembram que a falta de advertência do direito ao silêncio é vício processual:

Neste ponto, o vício maior do interrogatório é a falta de informação sobre o direito de o indiciado ou acusado permanecer calado. A doutrina estrangeira, há mais tempo afeita à garantia do pleno direito ao silêncio, asseverou que o interrogatório do acusado ou mesmo suas declarações espontâneas perante o órgão estatal somente são válidos desde que tenha havido informação sobre a faculdade de calar. Nem pode ser diversamente, sob pena de restringir o direito ao silêncio e a correspondente informação a meras fórmulas, vazias de conteúdo.¹⁴⁶

Não obstante os primeiros movimentos de retomada do sistema acusatório, é importante destacar que somente com a estruturação do sistema judiciário e a obrigatoriedade da defesa técnica nos julgamentos é que o direito ao silêncio ganhou realmente aplicabilidade. Isto porque, em um processo cuja defesa cabe ao próprio acusado, o silêncio implica o fracasso da tese escusatória. A figura do defensor técnico permitiu a divisão do direito de defesa em autodefesa e defesa técnica. Tal possibilitou que, mesmo ante o exercício do silêncio, a defesa do acusado seja exercida por um terceiro, defensor.

Os fundamentos do instituto remontam aos princípios do direito natural, que resguardam ao homem o direito à integridade da consciência, e à intimidade de seus pensamentos.

Os adeptos a sistemas inquisitórios contestam a validade do direito ao silêncio sob o fundamento de que ele somente favorece aos culpados. Sustenta-se que o acusado inocente não teria motivos para se calar e preferiria, para reforçar

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho processal penal**. 25ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 210.

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.

o contexto de sua defesa, apresentar sua versão sobre os fatos¹⁴⁷. Mesmo visões mais democráticas do processo fazem reserva ao silêncio sob o fundamento de que a versão do acusado está estritamente ligada à lealdade processual¹⁴⁸.

Tal entendimento não pode ser acatado em um regime democrático. Os motivos que podem levar alguém a permanecer calado são das mais diversas ordens. O interrogado pode preferir não incriminar terceira pessoa querida, ou simplesmente pelo desconforto perante uma solenidade que não lhe é familiar. Outrossim, havendo a separação entre defesa técnica e autodefesa, a lealdade processual deve se ater àquela.

De outro lado, é interessante observar a diferença entre repercussão jurídica e fática do silêncio. A primeira se alinha à presunção de culpabilidade. Quanto à segunda, lembra João Gualberto Garcez Ramos que o silêncio pode acarretar um prejuízo fático à defesa do acusado, “pois, se não falar, algumas coisas que ajudariam a condução de sua defesa técnica ficarão de fora do processo.”¹⁴⁹ Nessa linha, Jorge de Figueiredo Dias leciona que, mesmo resguardando-se a presunção de inocência, o silêncio pode acarretar desfavorecimento ao acusado se dele resultar no desconhecimento, pelo julgador, de uma situação fática que serviria para justificar total ou parcialmente a infração. De qualquer sorte, o silêncio nunca pode ser levado em conta como circunstância para a medida da pena, em caso de condenação¹⁵⁰.

O asseguramento do direito ao silêncio passa pela sua correspondência com a distribuição do ônus da prova. Isto porque “É perfeitamente possível obrigá-lo (interrogado) a falar, através da cominação de consequências processuais indesejáveis para o seu silêncio.”¹⁵¹ Por tal razão, a regra prevista na redação original do Código de Processo Penal de 1941 continha uma contradição em si. Dizia o artigo 186 do código: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da sua própria defesa.” Ao prever o direito ao silêncio mas, concomitantemente, um ônus processual desfavorável em

¹⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 299.

¹⁴⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 305.

¹⁴⁹ RAMOS, loc. cit.

¹⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 448-449.

¹⁵¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 303.

relação a tal direito, o código acabava por infirmar a real possibilidade de o acusado permanecer calado.

Tal situação era agravada pela necessidade de o acusado informar ao juiz as razões pelas quais pretendia se calar. O artigo 191 do Código de Processo Penal previa, em sua redação original, que “consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.”

No direito brasileiro, a primeira norma a contemplar explicitamente o princípio de forma irrestrita foi a Constituição Federal de 1988, ao prever no artigo 5º, LXIII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado[...]”.

Além da Constituição Federal, o direito ao silêncio vem contemplado em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, artigo 14.3.g¹⁵² e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8.2.g¹⁵³.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 10.792/03 im primiu nova redação aos artigos 186 e 191 do Código de Processo Penal, passando a constar:

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

Parágrafo único - O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Art. 191 - Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.

Não obstante o texto constitucional se restrinja a contemplar o direito ao silêncio para o preso, não se pode olvidar que tal garantia não se restringe às hipóteses de prisão. Por um raciocínio lógico, se o preso tem o direito ao silêncio, quando ainda tramita a fase administrativa do processo, com maior razão àqueles formalmente acusados. Além disso, com a incorporação dos tratados de direitos hu-

¹⁵² “[...] não ser forçada a depor contra si mesma ou a confessar-se culpada”

¹⁵³ “[...] direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

manos ao arcabouço jurídico nacional, que não fazem qualquer restrição à condição de liberdade do acusado, a questão se torna indiscutível.

Com a nova redação, o Código se aproximou da Constituição Federal e deu um primeiro passo no sentido de se regulamentar um processo acusatório, democrático e alinhado com um Estado Democrático de Direito.

1.6 A Revogação Ideológica do Código de Processo Penal

A Constituição Federal de 1988 adotou como princípios basilares do processo premissas intimamente ligadas a um Estado Democrático de Direito. Os princípios apresentados no item anterior se aplicam indistintamente aos processos de natureza civil e penal, ressaltando-se o direito ao silêncio na seara civil, pois as garantias não são do próprio processo, como fim em si mesmo, mas dos seres humanos que ele serve.

Para Cândido Furtado Maia Neto, democracia é muito mais que um modo de governo,

[...]são regras supremas que limitam o exercício do Estado, controla ações de seus servidores e das autoridades constituídas, para fomentar a liberdade individual como objetivo maior, este é o sistema adotado pela República Federativa do Brasil chamado de Estado Democrático de Direito.¹⁵⁴

Por tais razões, a Constituição Federal de 1988 assegura anseios de democracia, liberdade individual, inclusão social e dignidade da pessoa humana que eclodiam da nação há décadas e eram sufocados pelo engodo político e pelas armas. Tanto assim que o preâmbulo do texto assumiu:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

¹⁵⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul** - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 38.

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Além do preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 também expressamente assumiu o Brasil como um “Estado Democrático de Direito”, no *caput* do artigo 1º, que tem como fundamento, entre outros, “a dignidade da pessoa humana”, inciso III. Estabeleceu-se entre os objetivos da República, no artigo 3º:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No plano internacional, em sintonia com aquilo que se almejou para o interno, o constituinte fixou entre os princípios de regência das relações estrangeiras “a prevalência dos direitos humanos”, artigo 4º, II.

Esse contexto é substancialmente distinto daquele que existia à época do início de vigência do Código de Processo Penal, DL nº 3.689/41.

Nesse tempo vigorava¹⁵⁵ a Constituição Federal de 1937, com as modificações promovidas pelo Decreto Lei nº 1.202/39 e Leis Constitucionais números 1,2,3 e 4. Tal Constituição foi outorgada por ato unilateral do então Presidente da República Getúlio Vargas como decorrência do golpe de estado aplicado, que dissolveu a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Revogou-se a Constituição Federal de 1934, de cunho democrático, e instituiu o que os historiadores denominaram Estado Novo. O texto foi inspirado no modelo facista e dava extraordinária proeminência ao Presidente da República.

¹⁵⁵ Interessante observar que se sustenta na doutrina a invalidade da Constituição Federal de 1937. Isto porque o texto nunca foi submetido ao plebiscito, nela mesmo previsto, que a convalidaria. Sobre o tema, veja-se BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 121.

Em seu preâmbulo exaltava-se, ao contrário do atual texto, a necessidade de erradicar a desordem instalada pelos movimentos comunistas:

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em lutas de classes, e da extremação de conflitos ideológicos; tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

Atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;

Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo;

Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem estar e à sua prosperidade;

Decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país.

No corpo da Constituição era relegado a segundo plano a pessoa e os direitos e garantias individuais foram contemplados com prescrições que se resumiam à liberdade/segurança e prosperidade (artigo 122). Celso Ribeiro Bastos conceitua o texto como “[...] documento destinado exclusivamente a institucionalizar um regime autoritário”¹⁵⁶.

O Código de Processo Penal derivou desta ideologia autoritária e não poderia dela destoar. Foi outorgado por decreto-lei, instrumento usado pelo Presidente da República para legislar sem o crivo do parlamento durante o período de recesso imposto a este Poder.

Na exposição de motivos do Ministro da Justiça Francisco Campos, o objetivo do código era “maior eficiência e energia de ação repressiva do Estado contra os que delinquem”. Mais, “urge que seja abolida a injustificável primazia do

¹⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.

interesse do indivíduo sobre o da tutela social”. E confessa-se, “esse o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código”.

Das características apresentadas até então nota-se claramente abrupta divergência ideológica entre a Constituição Federal de 1988 e a de 1937 e respectivo Código de Processo Penal.

O termo ideologia, segundo Nicola Abbagnano, significa:

[...] toda crença usada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo-se o termo *crença* (*v.*), em seu significado mais amplo, como noção de compromisso de conduta, que pode ter ou não validade objetiva. Entendido nesse sentido, o conceito de ideologia é puramente formal, uma vez que pode ser vista como ideologia tanto uma crença fundada em elementos objetivos quanto uma crença totalmente infundada. Tanto uma crença realizável quanto uma crença irrealizável. O que transforma uma crença em ideologia não é sua validade ou falta de validade, mas unicamente sua capacidade de controlar os comportamentos em determinada situação.¹⁵⁷

Não é possível compatibilizar ideologias diametralmente opostas. Havendo o conflito, indubitavelmente a Constituição Federal contemporânea revoga todas as diretrizes contrárias e estabelece o seu próprio ideal de Estado.

Cândido Furtado Maia Neto lembra da intransigência em relação aos direitos individuais, inclusive perante o direito público:

Não há como transacionar, transigir ou desistir de nenhuma espécie de interesse individual, alegando necessidade ou em nome do direito público; porque quando se trata de Direitos Humanos jamais se pode ter a idéia de mitigação, uma vez que as regras internacionais expressamente determinam a prevalência das cláusulas que orientam os direitos fundamentais individuais.

Quando o interesse público prevalece ao direito individual estamos falando de Estado Autoritário e não de Estado Democrático, este se fundamenta especialmente nas garantias da cidadania, de outro lado, os regimes despóticos, arbitrários, abusivos, intervencionistas, desprestigiam o homem como ser único, independente e autônomo. Policiar, reprimir e impedir o desenvolvimento sagrado do direito à privacidade e à individualidade é a quebra do sistema republicano e democrático.

[...]

Não se pode suprimir, restringir o exercício de direitos e liberdades nos regimes democráticos verdadeiros e Estados de Direitos Humanos, onde as leis de interesse geral passam primeiro pelo plano do individual, sen-

¹⁵⁷ ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 533.

do o indivíduo-cidadão a célula principal (art. 29 e 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – OE-A/1969).¹⁵⁸

Por isso, pode-se afirmar que a Constituição Federal revogou a ideologia do Código de Processo Penal. Tal conclusão tem importância uma vez que o controle concreto de constitucionalidade só pode ser efetivamente realizado se o intérprete tiver como referência as diretrizes ideológicas das normas em cotejo.

As regras previstas no Código de Processo Penal só têm validade na vigência da atual Constituição Federal se coadunarem com os princípios processuais constitucionais e a ideologia democrática do texto atual.

Cândido Furtado Maia Neto sustenta que as leis vigentes durante o Estado Novo e o regime militar não podem ser recepcionadas:

Ao se falar em recepção da Norma Maior (texto constitucional recepcionando leis ordinárias – infra constitucional) há que se ter muito cuidado para não se cometer erros crassos. A Carta Magna somente poderá recepcionar dispositivos e leis ordinárias que forem adequadas ao regime democrático; por exemplo, as leis vigentes durante o Estado Novo (Dec-lei nº 3. 689/41 - Código de Processo Penal) e o regime Militar (1964 a 1988), por serem flagrantemente divergentes com as atuais cláusulas pétreas constitucionais e com instrumentos internacionais de Direitos Humanos não podem ser tecnicamente recepcionadas porque foram elaboradas em base a critérios e ideologias distintas ou completamente opostas aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, instituído pela República Federativa do Brasil (art. 1º ao 5º CF).

Nesse sentido, podemos dizer, boa parte dos artigos do código de processo penal são inconstitucionais, não se adaptam e não se conectam com o sistema penal-constitucional de um Estado Democrático de Direito. É de se ressaltar que o Código de Processo Penal foi aprovado via decreto-lei, este instituto nos dias atuais se encontra revogado pela Carta Magna, substituído pelas chamadas medidas provisórias, onde o princípio da representação popular proíbe que normas em matéria penal sejam aprovadas de maneira ditatorial (arts. 22, I, 59, V e 62 CF).¹⁵⁹

Sem dúvidas, o caminho correto a seguir seria a imediata substituição do Código de Processo Penal na data de promulgação da Constituição Federal

¹⁵⁸ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul** - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 36-39.

de 1988. Como a atividade legislativa depende de fatores políticos de demorada solução no Brasil, cabe ao intérprete, operador do direito, como prestador de serviços à sociedade, aplicar no cotidiano forense apenas as regras que possam coadunar com os ideais humanitários e democráticos da atual Constituição Federal.

Deve-se acautelar que a inconseqüente aplicação do Código de Processo Penal após a Constituição Federal de 1988 coloca o Brasil em situação de Estado anuente com o abuso de poder perante a comunidade internacional. Neste sentido, ressalta Cândido Furtado Maia Neto que:

Ademais, a Declaração sobre Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder, da ONU (Resolução n. 40/34, de 29 de dezembro de 1985, da Assembléia Geral), observa que o presente conceito deverá ser aplicado indiscriminadamente, sem distinção alguma, e quanto ao acesso à justiça e o tratamento justo, as vítimas serão tratadas com compaixão e respeito por sua dignidade. Terão direito ao acesso aos mecanismos de justiça e a uma pronta reparação dos danos que hajam sofridos, segundo o disposto na legislação nacional (itens 3 e 4 da Res. ONU)

Os instrumentos de Direitos Humanos conceituam como vítimas de crime e de abuso de poder (*Beristain, Antonio: "A Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia"; ed. UNB, 2000, Brasília-DF, trad. Cândido Furtado Maia Neto*), as pessoas que:

- 1- individual ou coletivamente, tenham sofrido prejuízos, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um agrave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado-membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder;
- 2- o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado; e
- 3- a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas tenham sofrido um prejuízo ao intervierem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

Aplica-se o conceito sem distinção alguma, seja de raça, cor, sexo, idade, língua, nacionalidade, opiniões políticas ou outras crenças, ou práticas culturais, situações econômica, nascimento ou situação militar, origem étnica ou social, ou capacidade física; define, assim a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos as Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (ONU/1985), com relação ao direito à integridade pessoal e às garantias judiciais.

Os cidadãos devem gozar plenamente de suas liberdades civis, dentre elas:

- *ius libertatis* como regra geral dos indivíduos;
- *onus probandi*, o encargo é de quem acusa – do Estado ministerial;
- juiz natural – inclui-se promotor natural, inclui-se o princípio da imparcialidade;
- princípio da inércia "*no judex ex officio*";
- publicidade dos atos judiciais - regra geral - e segredo de justiça como exceção;

¹⁵⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos individuais fundamentais no processo penal democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder.** Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.10790>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

- direito de petição e recurso contra abuso e excesso de poder (habeas corpus);
- ampla defesa e contraditório, em nome de provas lícitas e permitidas em direito;
- decisão judicial (de 1º e de 2º) grau fundamentada; e
- respeito à dignidade da pessoa humana - integridade física e moral do preso provisório, do processado e do condenado¹⁶⁰.

No plano da sanção, a violação de direitos humanos implica na atenção internacional e tomada de medidas em relação ao Estado inadimplente, como se pode observar no artigo 63, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Não só no plano externo, mas também perante a legislação nacional, o desrespeito aos direitos e às garantias individuais constitui abuso de poder, nos termos da Lei nº 4.898/65:

- Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
- a) à liberdade de locomoção;
 - b) à inviolabilidade do domicílio;
 - c) ao sigilo da correspondência;
 - d) à liberdade de consciência e de crença;
 - e) ao livre exercício do culto religioso;
 - f) à liberdade de associação;
 - g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
 - h) ao direito de reunião;
 - i) à incolumidade física do indivíduo;
 - j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.
- (Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79)
- Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:
- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

¹⁶⁰ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos individuais fundamentais no processo penal democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder.** Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.10790>>. Acesso em: 28 abr. 2008, (grifos do autor).

- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
 - c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
 - d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
 - e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
 - f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;
 - g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
 - h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
 - i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)*
- Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

É certo que muitos dispositivos do Código de Processo Penal ainda são aplicados em flagrante inconstitucionalidade, como a oitiva do acusado ao início da instrução, apenas para citar exemplo diretamente ligado ao foco deste trabalho. Entretanto, vários dispositivos do Código de Processo Penal deixaram de ser aplicados, ou o foram com interpretação conforme a Constituição. Um deles era a instauração do processo sumário *ex officio*, artigo 531 do Código de Processo Penal. Também, a interpretação do silêncio como direito do acusado, sem que isso possa ser usado contra sua defesa, artigo 186¹⁶¹, foi fruto da atividade cognitiva dos operadores do direito compromissados com a nova Constituição Federal.

¹⁶¹ Mesmo antes da Lei nº 10.794/03 a jurisprudência já vinha rechaçando a versão original do Código de Processo Penal sobre o silêncio do acusado, como ocorreu perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 199570 / MS. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 199570. Parte Litigante Antonio Lourenço da Silva e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, Relator Marco Aurélio, 16 dez. 1997. **Diário da Justiça da República Federativa do Brasil**. Brasília, n. 56. p. 17, mar. 1998.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Definição

Definir a expressão “direitos fundamentais” não é uma tarefa tranqüila. Como bem apontam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, existe uma clara sinonímia entre as expressões “liberdades públicas”, “direitos humanos”, “direitos subjetivos públicos” e “direitos fundamentais”¹⁶². Destas expressões, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano preferem a última:

“a expressão direitos fundamentais é a mais precisa. Primeiro, pela sua abrangência. O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana”.¹⁶³

Mas a expressão “direitos subjetivos” também tem importância. É que no idioma português a expressão direito pode se referir tanto à ordem jurídica, se identificando-se com o termo “lei”, como ao direito de um sujeito. No inglês tais vertentes são distinguidas pelos termos “law” e “right”. Por isso, “o acréscimo dos adjetivos *objetivo* e *subjetivo* ao substantivo comum *direito* se tornou necessário precisamente porque dois conceitos muito diversos ficaram historicamente vinculados ao mesmo vocábulo”¹⁶⁴.

Os limites circulares dos direitos fundamentais como parte do gênero de direitos subjetivos são, em verdade, direitos subjetivos dotados da qualidade de fundamentalidade. A noção do que é fundamental se aloja em distinção a outros direitos subjetivos pelo grau de importância do direito focado na sociedade. O critério de distinção entre os direitos subjetivos fundamentais e os demais insertos no

¹⁶² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 78.

ordenamento é o privilégio que lhe atribuído, em regra, pelo texto da própria Constituição.

Em Robert Alexy, verificam-se pelo menos três modelos-variantes de Constituição para se entender a idéia de direitos subjetivos privilegiados. Lê-se sobre o modelo constitucional procedimental, o modelo constitucional material e o modelo misto procedimental-material. No primeiro modelo, propõe a existência de constituições exclusivamente compostas de regras de procedimento e de competência, sem enfrentar as matérias reguláveis, dotadas de um grau perceptível de programação, como se dá nas matérias relativas à educação e à saúde, a título de exemplo. O segundo, um modelo simples de normas consideradas jusfundamentais, onde os princípios estariam concebidos por garantias estatuídas diretamente por disposições jusfundamentais. Por fim, aquelas em que seriam encontradas ambas as possibilidades, tanto as normas chamadas de procedimento, como aquelas destinadas ao conteúdo e(ou) as expectativas da sociedade.¹⁶⁵

É bom lembrar, que, na atualidade, o modelo misto se apresenta como um verdadeiro padrão para países ocidentais como é o caso do Brasil, da Alemanha, da Espanha, de Portugal, da Itália e dos Estados Unidos. Em tais países constata-se existirem normas procedimentais e materiais, assim como limites formais e materiais às possibilidades de reforma constitucional.

Os direitos fundamentais se colocam como direitos subjetivos indisponíveis às alterações ordinárias. Eles são juridicamente imunes a abolição e alteração, ressalvadas as hipóteses expressas na Constituição, que, por sua vez, não os nulifiquem em sua organização, limitação ou organização por normas infraconstitucionais. A obrigatoriedade e imutabilidade dos direitos fundamentais se vinculam muito mais ao princípio da supremacia da Constituição do que a própria fundamentalidade de alguns dos direitos nela expressos. A natureza fundamental dos direitos se encontra estreitamente relacionada com a essência das cláusulas pétreas que, nessa condição, só poderão ser alteradas com a observância dos limites formais, artigo 60 § 2º Constituição Federal de 1988, e materiais, artigo 60, § 4º.

A partir da noção da fundamentalidade, chega-se a uma assertiva que parece irreversível, qual seja, a de que ao se estipular direitos catalogados co-

¹⁶⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais** – conceito, funções e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19, (grifos do autor).

mo fundamentais e amparados pelas chamadas cláusulas pétreas e outros que não o estão, exercita-se sim um verdadeiro juízo de valor comparativo, em que alguns direitos têm valor superior a outros.

Os valores usados como nortes de interpretação dos direitos fundamentais, valendo-nos da separação necessária entre os bens (direitos subjetivos) e valores (orientações de interpretação), recaem, mais proximamente, no que se entendeu por um Estado Democrático de Direito. Por esse prisma, os valores a serem utilizados como adjetivos dos bens, fundamentalmente garantidos pelo texto constitucional deverão, no modelo democrático de Estado, observar os pressupostos jurídicos necessários à existência digna do ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo contemporâneo constitui um verdadeiro princípio orientador da interpretação constitucional, e, como verdadeiro valor supremo, que, ao seu turno, aponta as diferenciações existentes entre os chamados direitos subjetivos fundamentais (inerentes a dignidade da pessoa humana) e direitos subjetivos não-fundamentais (de interesse social geral).

2.2. Distinções

É bem perceptível a dificuldade presente na doutrina para realizar a distinção entre os chamados direitos humanos e os direitos fundamentais. Em Canotilho, percebe-se não ser utilizada a expressão direitos humanos¹⁶⁶. José Afonso da Silva reconhece a preferência da doutrina internacional quanto a expressão direitos humanos, o que levaria a crer existirem direitos apenas aos seres racionais, o que contrasta com a crescente posição doutrinária em favor da existência de direitos fundamentais inerentes aos animais irracionais¹⁶⁷.

Cândido Furtado Maia Neto os distingue, lecionando:

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 115-135.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 359-360.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 176.

Os Direitos Humanos são universalmente aceitos de forma tácita, presentes nas Declarações e nos Tratados; já os direitos fundamentais individuais, constam dos instrumentos internacionais aderidos e/ou ratificados pelo Estado, fazendo desta forma parte dos dispositivos da Carta Magna ou do ordenamento jurídico vigente, no seu todo. Mas há que se afirmar, ainda, que os direitos fundamentais estão contidos nos Direitos Humanos, ou vice-versa¹⁶⁸.

Alguns autores nacionais, como Alexandre de Moraes e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, discorrem sobre o conceito de direitos humanos fundamentais, acreditando representarem tais direitos um conjunto de direitos e garantias dos seres humanos (gênero humano racional), que objetivam garantir a sua dignidade¹⁶⁹.

Norberto Bobbio distingue direitos naturais do homem e direitos do homem positivados, atribuindo aos primeiros o *status* de direitos do homem e aos segundos o de direitos fundamentais¹⁷⁰. Neste sentido, Cândido Furtado Maia Neto lembra que o direito positivo é mutável, enquanto o natural não¹⁷¹.

A distinção se estabelece na doutrina a partir da idéia de existirem diversos planos ou esferas de positivação dos direitos fundamentais na ordem interna e internacional. A expressão “direitos fundamentais” guarda relação com a positivação de tais direitos na órbita de cada Estado. Já a “direitos humanos” se mostra relacionada com o direito internacional, vinculando-se à ordem mundial e conferindo-lhe um caráter eminentemente universal e supranacional¹⁷².

Nova dificuldade surge quanto à distinção doutrinária formulada entre o que se entende por direitos fundamentais e garantias fundamentais. Entretanto, a diferença pode se tornar bem aparente. Os direitos fundamentais são prerrogativas genéricas, exercitáveis por todos os cidadãos, já, na outra ponta, as garantias fundamentais representam a instrumentalidade de tais direitos privilegiados.

Canotilho bem arremata essa distinção, quando leciona que as garantias são também direitos aptos a exigir do poder público o cumprimento das nor-

¹⁶⁸ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos individuais fundamentais no processo penal democrático**: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.10790>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 39. FERREIRA FILHO, Manoel G. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996, *passim*.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14^a Tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p 15-67.

¹⁷¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul** - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada. Curitiba: Juruá, 2005, p.35.

mas constitucionais, e, ao mesmo tempo, institucionalizam os meios processuais de defesa dos direitos privilegiados.¹⁷³

Jorge Miranda dispõe de forma bem clara que, os direitos representam alguns bens e as garantias destinam-se a garantir a fruição de tais bens, sendo assim os direitos principais e as garantias assessórias.¹⁷⁴

Luís Roberto Barroso reafirma o caráter afirmativo dos direitos fundamentais e instrumental das garantias fundamentais, dispondo que em nada adiantaria serem os direitos declarados em sede constitucional, sem que viesse a dispor a Constituição sobre os meios instrumentais aptos a concretizar tais direitos.¹⁷⁵

Aliás, percebe-se que a dimensão constitucional das chamadas garantias de natureza processual, tal como a garantia do devido processo legal (adjetivo), que garante, entre outros aspectos de interesse, a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, ao passo em que tais direitos necessitam ser postulados em juízo. Essa articulação acerca das garantias fundamentais remete, entretanto, a um interessante debate travado na contemporaneidade, qual seja, saber em que medida a materialização do direito processual o condiciona às determinações constitucionais, e, da mesma forma, a contrário senso, ocorrerá a desmaterialização do direito constitucional, ao passo em que o processo se mostre indispensável à realização das regras e princípios constitucionais.

O debate ainda encontra amparo numa última distinção possível entre as chamadas garantias fundamentais, destinadas a concretizar o direito de um cidadão ou de um grupo de cidadãos, daquelas consideradas institucionais, a exemplo da família, a maternidade e outras. Em Canotilho, lêem-se tais garantias como realidades sociais objetivas que podem, eventualmente, expandir-se a fim de protegerem direitos individuais.¹⁷⁶

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. *in*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 417.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 362.

¹⁷⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 4.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 50.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.75-116.

¹⁷⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 366-368.

2.3. Características

Um método de traçar a característica dos direitos fundamentais é ressaltar alguns elementos de forma mais comuns.

O primeiro traço é o da universalidade. Os direitos fundamentais não dizem respeito apenas aos direitos exercitáveis de forma individualizável ou eminentemente à condição humana, mas também, a outros que interessam a toda humanidade.

O caráter absoluto de tais direitos prevalentes é mais uma de suas características que os levam a prevalecer na ponderação de valores a quando de sua concretização judicial. Mas também, a seu turno, não obsta a possibilidade de sua relativização, na medida em que as Constituições democráticas modernas, a exemplo da brasileira, dispõem sobre a possibilidade de serem estabelecidas limitações a tais direitos, como se dá na realidade brasileira por força do direito ambiental e outros dispostos no texto constitucional.

A natureza evolutiva dos direitos fundamentais, é bem alinhada na sua natureza histórica, e, por esse motivo, produto dos valores sociais contextualizados em dado momento da sociedade em que foram eleitos como privilegiados no texto constitucional. Como consequência lógica da historicidade, e de representarem um “patrimônio genérico” da coletividade, não podem ser objeto de transação ou renúncia, e, portanto, também contemplados com o atributo da indisponibilidade. Em verdade, tais direitos prevalentes são disposições de natureza difusa, e consagradas a todos, funcionando tanto como comandos orientadores da concretização do ordenamento jurídico posto quanto como normas jurídicas auto-aplicáveis.

Deixa-se por último aquela que, sem a menor dúvida, é a característica mais polêmica dos direitos fundamentais, em especial, daqueles considerados sociais. Trata-se da vinculação de tais direitos aos poderes públicos e a terceiros, disposta por Alexy e Sarlet como um fator da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que possuem eficácia vinculativa dos poderes públicos, como eficácia vertical, e de terceiros, como eficácia horizontal.¹⁷⁷ O debate

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 57; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 325.

que se insurge no exercício da vinculação referida traz consigo polêmicas consequências na produção de uma jurisprudência potencialmente política, e, por vezes, considerada agressora do princípio da separação dos poderes do Estado¹⁷⁸.

A vinculação característica dos direitos fundamentais se arrima na proibição do retrocesso, em face dos novos direitos sociais que se anunciam no texto constitucional, como é caso do direito à moradia, Emenda Constitucional nº 26/2000, que alterou o caput do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

2.4. Evolução Histórica

A evolução histórica dos direitos fundamentais está estritamente vinculada aos conceitos de Estado e de Constituição. Nessa perspectiva, os elementos jurídico e político encontram-se em uma relação de interdependência bastante evidente. A própria saga do direito constitucional não se resume à história das Constituições, mas também abarca a história da administração, do contexto político.

O resgate histórico dos direitos fundamentais costuma ser realizado pela sua classificação em três gerações: (i) a primeira geração (século XVIII), focaria o indivíduo e abarcaria os direitos de liberdade, ou seja, direitos civis e políticos; (ii) a segunda geração abarcaria os direitos sociais, culturais, econômicos; (iii) a terceira geração abarcaria o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente etc.¹⁷⁹ Tais gerações correspondem em linhas gerais à tríade francesa liberdade, igualdade e fraternidade.

Embora essa classificação permita visualizar as diferentes categorias de direitos (desde direitos negativos, direitos a abstenções do Estado, até mesmo direitos positivos, direitos a prestações do Estado), ele é muito reducionista. Ademais, o termo “geração” traz uma certa imprecisão na abordagem, pois pode levar à idéia de nascimento e morte dos direitos daquela determinada geração. Esta interpretação evidentemente é equivocada, pois não há um processo histórico linear de criação e, muito menos, de desaparecimento de direitos de uma determinada gera-

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, p. 276.

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 516-523.

ção com o advento da geração seguinte. Todos os direitos passam a coexistir buscando uma maior proteção da humanidade.

Desse modo, com o intuito de sistematizar a análise do surgimento dos direitos fundamentais no decorrer da história, procede-se a uma divisão do tema em duas partes principais: (i) primeira parte foca o período anterior à Declaração de Independência Americana de 1776 e à Revolução Francesa de 1789; (ii) segunda parte abrange o período posterior a tais marcos históricos.

Essa dicotomia é necessária, pois antes das Cartas de 1776 e de 1789 os direitos reconhecidos por normas esparsas eram concessões reais. Sem a concessão do soberano, o súdito não teria qualquer direito; apenas deveres. Com a Declaração Americana e a Revolução Francesa houve uma inversão dessa perspectiva passando a uma concepção individualista de direitos do homem.

É com o surgimento do Estado de Direito que há a definitiva mudança de perspectiva do príncipe para a perspectiva dos cidadãos, no que tange à relação Estado-indivíduo. No Estado absoluto, os indivíduos possuem direitos privados em relação ao soberano; no Estado de Direito, os indivíduos possuem direitos privados e direitos públicos em face do Estado.

Nas palavras de Norberto Bobbio:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; (...) Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos.¹⁸⁰

Ademais, é com o constitucionalismo que houve o reconhecimento dos direitos fundamentais como institutos dos quais se derivam conseqüências jurídicas e aos quais se atribui o caráter de fundamentalidade. Sem a positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, mas não direitos protegidos sob a forma de normas.¹⁸¹

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 60.

2.4.1 As Bases Revolucionárias

É importante destacar que foi no século V a. C., aproximadamente, que nasceu a filosofia, substituindo o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. Nesse mesmo século, em Atenas, surge também a democracia. Apesar de, em geral, ser rejeitada a idéia da existência de direitos humanos na antigüidade, devido à escravidão, é preciso observar que já naquela época lançavam-se sementes ao reconhecimento de uma suposta igualdade natural.

Utilizando-se das palavras de Fábio Konder Comparato:

(...) é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.¹⁸²

Porém, tal concepção igualitária não chegou aos foros da concretude. Na época, além de vigorar uma sociedade escravocrata, não havia normas jurídicas que a assegurassem. E, principalmente, a posição social do indivíduo era decisiva para determinar seu nível de dignidade.

No pensamento filosófico e político da antigüidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. [...]¹⁸³

Passando à Idade Média, quando instaurou-se o feudalismo, não havia uma unidade de poder político e econômico. Somente a partir do século XI é

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 508.

¹⁸² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

que começa um certo movimento no sentido de recompor uma unidade política. E é com este pano de fundo que surgiu a Magna Carta de 1215 na Inglaterra.

Esse diploma consagra liberdades específicas em favor principalmente do clero e da nobreza. São concessões do Rei João (conhecido como João Sem Terra) a tais estamentos. A sua importância reside no fato de vincular o próprio rei. Em outros termos, o soberano deverá obedecer à lei que edita. Isso é um avanço bastante significativo, pois até então o rei era o soberano absoluto não devendo obediência a nada, salvo ao “Deus criador”.¹⁸⁴ É importante lembrar da contribuição do pensamento cristão na proteção dos direitos fundamentais na Europa Ocidental. Nas palavras de Ingo W. Sarlet,

[...] o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência (...) de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento¹⁸⁵.

Novamente com relação ao soberano, Canotilho resume bem esse ponto quando se refere à Magna Carta de 1215 nos seguintes termos:

Não se tratava, porém, de uma manifestação da idéia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano. A finalidade da Magna Charta era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia.¹⁸⁶

Às vésperas do período que antecede o século XVIII (século da Declaração Americana de Independência e da Revolução Francesa) foram outorgadas na Inglaterra duas normas oriundas de concessões do poder soberano em favor de

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002, p. 30.

¹⁸⁴ SARLET, loc. cit.

¹⁸⁵ Ibid., p. 30.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 512.

determinados segmentos sociais, a Lei de Habeas Corpus de 1679¹⁸⁷ e o Bill of Rights de 1689¹⁸⁸.

O avanço desses dois textos foi conferir uma disciplina mais geral, mais abstrata de direitos do que a da Magna Carta e, principalmente, houve uma afirmação definitiva do Parlamento¹⁸⁹. Entretanto, não havia ainda uma noção de direitos fundamentais inerentes à condição humana e anteriores ao Estado.

Todas essas Cartas de Direitos do período que antecede o século XVIII são oriundas de concessões do poder soberano em favor de determinados segmentos sociais. Não havia ainda uma noção de direitos fundamentais inerentes à condição humana e anteriores ao Estado.

2.4.2 A Independência Americana e a Revolução Francesa

Os dois diplomas inauguram uma nova fase na consolidação dos direitos do homem já em seu primeiro artigo:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

¹⁸⁷ A lei de habeas corpus veio disciplinar os meios processuais para o instituto, que já existia na Inglaterra mesmo antes da Magna Carta de 1215.

¹⁸⁸ propugnava a separação de poderes, estabelecendo que os poderes de legislar e de criar tributos não são prerrogativas do monarca, mas são de competência do Parlamento. Além disso, veio dispor acerca do júri, do direito de petição e da proibição de penas cruéis.

¹⁸⁹ - “A novidade é que, pela sua formulação mais geral e abstrata do que no texto da Magna Carta, a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando, e muito, à burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado. (...) A partir do *Bill of Rights* britânico, a idéia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas pelo menos de suas camadas superiores, começa a firmar-se como garantia institucional indispensável das liberdades civis.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48

Tais direitos passam a ser concebidos como inerentes à natureza humana, partindo-se de um ponto de vista individualista.

Apesar das semelhanças, principalmente no que tange à filosofia liberal subjacente e à teoria do direito natural, a Declaração Americana de Independência e a Revolução Francesa em muitos pontos se distinguem. A Revolução Francesa acabou por influenciar muito mais outras regiões da Europa e de outros continentes devido ao seu cunho de maior universalidade. Norberto Bobbio resume com maestria os pontos principais da Declaração Francesa:

O núcleo doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação.¹⁹⁰

A Declaração Americana, ao contrário, buscava uma libertação do poder monárquico da coroa britânica. Os constituintes americanos almejavam traçar os direitos do indivíduo em prol do bem comum da sociedade; já os constituintes franceses almejavam traçar direitos do indivíduo por si só.

Por isso, costuma-se afirmar que a Declaração francesa é mais intransigentemente individualista do que a americana.¹⁹¹ Essa conotação mais acentuadamente individualista somente foi incorporada pelas colônias americanas com a promulgação das dez primeiras emendas à Constituição Americana, em 1791.

De outra perspectiva, também no século XVIII encontra-se o início da democracia moderna, fundada na valorização do indivíduo. As decisões coletivas são tomadas pelos indivíduos segundo o princípio da maioria, malgrado a existência das restrições ao sufrágio. A Revolução Francesa não derogou todos os privilégios que obstaculizavam a participação do povo nos destinos do governo. A burguesia se erigiu à condição de representante do povo, ou melhor, ela se alçou à condição de povo, ela era o povo.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14^a Tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992., p. 93

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 90.

Buscava-se limitar o poder e para isso foram utilizados dois instrumentos: a técnica da separação de poderes e a proteção dos direitos de liberdade. A separação de poderes acabava por conduzir a um enfraquecimento do Estado e, por consequência, servia de aparato aos direitos de liberdade da classe burguesa.

A conjuntura nesse momento é de um Estado liberal, onde se lançavam as bases do constitucionalismo e do Estado de Direito. Advém, daí, a noção de Constituição como produto da razão e também a afirmação de um Estado que busca a legalidade da sua atuação e a realização de justiça, “o Estado de Direito é um Estado constitucional”.¹⁹²

Para a viabilização desses objetivos havia apenas uma forma de condução da via política e econômica: a forma liberal. O liberalismo no campo político primava pela proteção dos direitos de liberdade da burguesia e pela separação de poderes e no campo econômico, pela livre iniciativa. O capitalismo necessitava de um leque de garantias contra a interferência estatal. Precisava-se, portanto, proteger a esfera de liberdade dos indivíduos.

Embora tais conclusões tenham sido muito importantes à época, são irremediavelmente questionáveis, principalmente no que se refere à inexistência da liberdade positiva na modernidade. Não há como se negar um conceito de liberdade conglomerador dos aspectos negativo e positivo no Estado Liberal.

Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política – ou seja, o controle popular do poder político – é uma condição necessária para, primeiro, obter e, depois, conservar as liberdades civis. Trata-se, como qualquer um pode ver, do velho problema da relação entre liberalismo e democracia.¹⁹³

Verifica-se que a liberdade era o valor principal a ser assegurado. Por isso, surgem nesse período os direitos fundamentais negativos ou mais comumente denominados de “liberdades públicas”. São os direitos de primeira geração na categorização de Paulo Bonavides.

Encerram direitos a abstenções do Estado; direitos à não interferência estatal. Correspondem, em resumo, aos direitos civis e políticos (direito à liberdade de expressão, direito à vida, à intimidade, dentre outros). Consagram a li-

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 364.

berdade do indivíduo, tanto no aspecto negativo quanto no positivo perante o Estado e a comunidade.

2.4.3 Os Direitos de Segunda Geração

Todos os direitos até então assegurados tinham como pressuposto uma igualdade formal dos indivíduos. No entanto, com um sistema econômico capitalista, em que vigorava a plena liberdade de mercado, a sociedade acabou desenvolvendo um mal ainda maior: o acirramento da desigualdade econômico-social. A liberdade assegurada já não era por si só suficiente para possibilitar uma real e efetiva liberdade do indivíduo. A pressuposta igualdade se dava apenas no plano formal, não havendo a sua correspondência na concretude.

Surgiram, então, as ideologias sociais que pregavam melhores condições econômico-sociais aos indivíduos. Buscavam estipular meios que possibilitassem uma igualdade no mundo concreto, uma igualdade material e, por consequência, que viabilizassem a real liberdade do indivíduo.

Nesse contexto, merece especial destaque a contribuição teórica de Karl Marx expressa no Manifesto Comunista. Nas palavras de Paulo Bonavides, "(...) o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: o espanto de ver o Homem escravizado".¹⁹⁴ Marx também objetivava uma liberdade, mas uma liberdade no campo econômico. Para isso, conclamava a utilização da força para a tomada do poder.

Em que pese o radicalismo da tese exposta, sem dúvida ela serviu de base ideológica para a construção do Estado social (que na realidade continua a ser um Estado liberal mas com uma nova roupagem) e, principalmente, para a consagração dos direitos a prestações do Estado.¹⁹⁵

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 65.

¹⁹⁴ - BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 173.

¹⁹⁵ - O Estado social não se confunde com o Estado socialista. O Estado social corresponde a uma transformação do Estado liberal, permanecendo em sua base o sistema capitalista. Já no Estado socialista, não temos um sistema capitalista; os meios de produção não pertencem à esfera privada.

Utilizando os conceitos de Norberto Bobbio, pode-se dizer que a liberdade indica um estado; a igualdade, uma relação,¹⁹⁶ ou seja, a igualdade pressupõe dois questionamentos: (i) igualdade entre quem?; (ii) igualdade em quê? Essas duas perguntas passaram a voltar-se não mais para o plano abstrato unicamente, mas também para o plano concreto. Buscava-se, pois, uma igualdade material.

Para atingir esse objetivo, consagraram-se direitos que visavam atender necessidades mínimas dos indivíduos, direitos positivos, direitos a prestações do Estado. Trata-se, em resumo, dos direitos sociais, econômicos e culturais. Como exemplo tem-se o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação. Correspondem aos direitos fundamentais de segunda geração.

O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.¹⁹⁷

A afirmação dos direitos sociais somente foi alcançada no século XX. Os dois diplomas normativos mais importantes nessa alçada foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. A Constituição Mexicana foi a primeira a erigir os direitos trabalhistas à categoria de direitos fundamentais, além das liberdades e dos direitos políticos. A Constituição de Weimar seguiu a mesma linha.

Entre uma e outra Constituição, é interessante lembrar a eclosão da Revolução Russa calcada na ideologia marxista, implantando a ditadura do proletariado. Em 1918, em Moscou, foi proclamada a “Declaração do Povo Trabalhador e Explorado”, cujo artigo 1º do Capítulo II dispõe:

1º - A fim de se realizar a socialização da terra, é abolida a propriedade privada da terra; todas as terras passam a ser propriedade nacional e são entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de indenização, na base de uma repartição igualitária em usufruto.

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 7.

¹⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

As florestas, o subsolo e as águas que tenham importância nacional, todo o gado e todas as alfaías, assim como todos os domínios e todas as empresas agrícolas-modelos passam a ser propriedade nacional.

A Constituição Mexicana e a de Weimar não abarcaram o radicalismo marxista, mas buscaram traçar uma democracia social. Partiam de uma perspectiva social e não mais de uma perspectiva exclusivamente individualista. O Estado passou a ter o dever de intervir para promover a igualdade.¹⁹⁸

O homem passou a ter não só direito à liberdade, mas também aos meios para que esta liberdade seja atingida. Começa a vigorar uma noção de indivisibilidade dos direitos fundamentais que será reafirmada com a Declaração Universal de 1948. Em outras palavras, assim como os direitos civis e políticos são fundamentais para a existência e liberdade do indivíduo, os direitos econômicos, sociais e culturais também têm igual valor e importância.

2.4.4 O Pós-Guerra e a Universalização dos Direitos

No decorrer da história, observa-se que os direitos do homem atravessaram fases marcadamente distintas: primeiro houve a incorporação de teorias filosóficas, abstratas, que tinham um cunho de generalidade, mas que não eram implementadas no plano concreto (Declaração Americana de 1776 e Revolução Francesa de 1789); após houve a incorporação dos direitos pelas Constituições nacionais, havendo uma afirmação de sua concreticidade, mas perdendo muito a generalidade; somente após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração de 1948, pode-se dizer que os direitos do homem voltaram a ter um matiz universal e ao mesmo tempo ganharam positividade.

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, trans-

¹⁹⁸ - Seguindo as lições de Paulo Bonavides, “cada século tem o seu maior acontecimento. O do século XVIII foi a Revolução Francesa. O do século XIX, o fim das monarquias absolutas no Ocidente. O do século XX, a Revolução de Outubro na Rússia, que varreu do país o trono e a coroa dos czares”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6.ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 207.

figura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.¹⁹⁹

Cessada a Segunda Guerra Mundial, ocorreu um movimento de internacionalização dos direitos do homem. Estes não se circunscrevem mais à esfera doméstica dos Estados. Não é suficiente a sua proteção apenas no âmbito interno dos países para assegurar a existência digna do ser humano. Adota-se a idéia de que é preciso protegê-los de forma global.

Nesse contexto, foram elaboradas Cartas Internacionais de proteção dos direitos humanos. Dentre elas, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 pelo seu caráter de universalidade. A partir desse documento pode-se afirmar uma concepção universal de direitos fundamentais, visando à proteção da humanidade independentemente da origem nacional do indivíduo.

A Declaração retoma a tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Agora, ressaltam-se os direitos chamados de terceira geração fundados essencialmente num ideal de fraternidade, numa visão cosmopolita de direitos humanos. Dentre eles pode-se citar o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente. São direitos que, juntamente com os de liberdade e de igualdade, visam proteger a dignidade da pessoa humana em termos mundiais.

A trajetória dos direitos fundamentais sempre esteve permeada por dois grandes valores: a liberdade e a igualdade. As Revoluções (Francesa e Russa, em especial) eclodiram em busca da realização desses dois ideais.

Porém, a partir das Constituições Mexicana e de Weimar, e mesmo a partir da Revolução Russa, a história de proteção dos direitos merece ser analisada e interpretada com base em uma óptica de proteção da dignidade humana, e não só dos direitos de liberdade e de igualdade. A dignidade humana acaba por englobá-los e passa a ser indissociável do processo de confirmação dos direitos fundamentais.

A dignidade é o início e o fim da proteção dos direitos do homem. Segundo Sarlet, “é justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14^a Tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

pessoa humana”²⁰⁰. Para Kant, “[...]quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.”²⁰¹

2.5 A Eficiência da Persecução Penal

Diante dos paradigmas democráticos que regem o Estado brasileiro, cabe verificar se um sistema penal acusatório não restaria ineficiente na garantia da paz social.

As condutas socialmente reprováveis estão presentes na sociedade humana desde suas mais rudimentares estruturas. Entretanto, reconhecer o profundo enraizamento social da criminalidade não implica aceitá-la e abandonar a busca por sua minimização.

Nas sociedades mais rudimentares a repressão de condutas lesivas era executada pela própria vítima. Com o aperfeiçoamento das relações sociais criou-se um núcleo de direção da comunidade. Esse núcleo, que futuramente passaria a representar a figura do Estado, tomou para si a tarefa de julgar as condutas dos membros da comunidade e de reprimir aquelas identificadas como criminosas. Formaram-se, assim, as bases daquilo que hoje se identifica como jurisdição criminal.

Doutrinariamente afirma-se que a pena possui funções: retributiva, preventiva geral e preventiva especial. Ocorre que, desde que o Estado proibiu a autocomposição criminal, inclusive afirmando-a como criminosa, e tomou para si a tarefa de identificar e aplicar medidas destinadas a minimizar as condutas delituosas, o método aplicado foi essencialmente retributivo. As penas eram, até poucos séculos atrás, aniquilatórias da vida ou da integridade física do condenado. Mesmo após o processo de humanização das penas, e a adoção do sistema privativo de liberdade como base da atuação punitiva estatal, verifica-se que o alcance social da jurisdição penal vai pouco, ou nada, além da retribuição.

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002, p.34.

²⁰¹ KANT, Imanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. *in: Os pensadores – Kant (ii)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002, p. 34.

Tal realidade implicou a ineficiência da jurisdição criminal no mundo como um todo, mas especialmente em países ocidentais subdesenvolvidos, em alcançar seu principal objetivo: minimizar as condutas especialmente lesivas à boa convivência social.

Tal ineficiência acaba por produzir duas conseqüências extremamente perniciosas: 1) impunidade de grande parcela das condutas criminosas que não são identificadas ou, quando o são, não recebem a prestação jurisdicional de forma eficiente; 2) excessiva e improdutiva atuação nas situações que, por um motivo ou outro, foram tidas como exemplo do exercício do poder. Diz-se excessiva porque a delonga do processo, inquisitorial e judicial, aliada à aplicação de uma pena ineficiente impõe a todos os interessados na atuação estatal, agentes e vítimas, um desgaste inútil.

Com essas considerações verifica-se que no Brasil, como nos demais países latino-americanos, a jurisdição penal representa pura e simplesmente um exercício de poder estatal que não alcança nenhum resultado socialmente profícuo. O estado não consegue controlar a incidência da criminalidade, quando atua dirige seus órgãos essencialmente à parcela da sociedade economicamente menos favorecida e, ainda, a privação de liberdade em estabelecimentos penitenciários precários não melhora a personalidade do criminoso.

Adotando-se uma visão de origem Kelseniana, o direito penal, como todo o ordenamento jurídico, teria uma configuração fechada e apriorística. Com essa perspectiva, ficariam excluídas do estudo jurídico-penal quaisquer considerações a respeito de eficiência social²⁰². Essa visão se consagrou em basicamente todos os sistemas jurídicos positivos ocidentais. Contudo, a evolução social e o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social demandaram uma construção jurídico-filosófica mais compromissada com a interação entre realidade social e sistema jurídico.

Com base nessa perspectiva realística, surgiu a visão “utilitarista” do direito, fundamentada nas análises econômicas de custo/benefício na elaboração de políticas jurídicas. Na seara penal, destaca a revolução intelectual promovida por Beccaria, que sustenta uma visão conseqüencialista da atuação do direito penal²⁰³.

O primeiro passo para se determinar a noção de eficiência do sis-

²⁰² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, *passim*.

²⁰³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1997, *passim*.

tema penal é delinear o conteúdo deste sistema. A eficiência deve abarcar todo o arcabouço de atuação do Estado em relação aos fatos tidos como delituosos. Assim, estariam inseridos no sistema penal o ordenamento jurídico – incluindo aí a Constituição Federal; as instituições policiais, judiciais e penitenciárias; o processo penal; a comunidade. A noção de eficiência envolveria então uma sintonia entre todos os elementos envolvidos no fato criminoso, desde sua prevenção até a punição.

O crime é um ato socialmente impertinente. Isto porque, na lição de Jesús-Maria Silva Sánchez, “sua conseqüências, isto é, o dano que esse ato indesejável acarreta, é superior aos benefícios sociais que, também, caberia esperar que uma determinada conduta trouxesse”.²⁰⁴ Adotando-se uma noção econômica do delito, os agentes criminosos são sujeitos racionais que ponderam, no momento do planejamento da ação, os “custos” e “vantagens” que o delito lhe acarretará. Como elemento custo ele coteja a possibilidade de ser submetido à persecução penal e o cumprimento de pena.

A posição do Estado em relação a esta análise realizada pelo agente foi historicamente a de aumentar os “custos”. Para tanto, o principal instrumento sempre foi o recrudescimento das penas cominadas.

Desde já é oportuno criticar esse posicionamento. Seguindo a linha de pensamento de Hassemer, citado por Silva Sánchez,

[...]Como demonstram sobretudo as pesquisas sobre o efeito intimidatório da pena de morte (atualmente abolida), o delinqüente normalmente não se motiva pensando na possibilidade de sofrer esta pena (ameaça de punição), mas movido pela idéia de quais são as possibilidades de não ser descoberto.²⁰⁵

Mas a visão mais moderna da criminalidade insere na análise de custo/benefício do delito um novo fator: a ampliação das vantagens em não se cometer o crime. Assim, o sistema penal passaria a atuar não apenas no desestímulo à conduta socialmente prejudicial, mas também geraria um estímulo às condutas socialmente vantajosas. A redução do desemprego seria uma prioridade.

²⁰⁴ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Coleção de estudos de direito penal. Vol. 11, Barueri: Manole, 2004, p. 09.

²⁰⁵ HASSEMER. Fundamentos del derecho penal. Barcelona, 1984. *apud* SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Coleção de estudos de direito penal. Vol. 11, Barueri: Manole, 2004, p. 17.

Nesse aspecto, é possível nitidamente verificar a reformulação da teoria do delito tendo como objetivo a preservação e, principalmente, a promoção da dignidade da pessoa humana. O sistema penal reduziria sua atuação em relação às medidas que visariam desestimular o crime – como a violência policial e a crueldade das penas – e envidaria maiores esforços, e gastos, com a promoção das condutas socialmente salutares.

Nesse contexto insere-se a análise da aplicação da pena como elemento ressocializador do agente. Basta uma reflexão mais aprofundada para se concluir que a modificação de uma filosofia de vida pessoa não cumpre ao Judiciário, como aplicador do direito, mas aos órgãos tecnicamente capazes pertencentes aos quadros do Poder Executivo. Mesmo assim, “ele só entra em jogo, porém, se o agente se revelar *carente de socialização*. Se uma tal carência não se verificar tudo se resumirá, em termos de prevenção especial, em conferir à pena uma função de suficiente *advertência*.”²⁰⁶

A partir de uma análise superficial, seria cogitável o lançamento de críticas à proposição acima formulada alegando-se duas falhas: utopia e incompetência funcional do direito penal para “estimular” condutas positivas.

Não obstante as críticas que possam ser formuladas, o objetivo da adoção da idéia de eficiência do sistema penal implica na ruptura com os dogmáticos da teoria do delito. O enfoque principal deixa de ser a conduta delituosa e passa a ser o custo social do delito.

Em relação à utopia, não é impertinente lembrar a doutrina de Boaventura de Souza Santos: “vivemos hoje numa sociedade paradoxal. A afirmação discursiva dos valores é tanto mais necessária quanto mais as práticas sociais dominantes tornam impossível a realização desses valores”²⁰⁷.

Todo o delito intrinsecamente gera um dano social. O sistema penal atua como uma resposta – repressiva, preventiva geral e preventiva especial – em relação ao agente causador do dano. Todavia o enfoque na conduta criminosa fez o Estado não visualizar o custo social de sua própria atuação, na medida em que a prevenção e repressão à criminalidade também geram um impacto social negativo.

Nos dizeres de Seidman,

²⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1999, p. 133, (grifos do autor).

²⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 32.

se atuamos em virtude de uma racionalidade estritamente utilitarista parece que devemos ter o volume de delito que queremos, posto que realmente podemos tê-lo, sabendo – como sabemos – que podemos dedicar à prevenção quantos recursos queiramos contanto que seu custo marginal seja inferior ao custo marginal do delito²⁰⁸.

Nesse contexto, não é difícil constatar que a verdadeira atuação do sistema penal se dá pelo poder seu configurador, ou positivo²⁰⁹. Ocorre, pela violência das instituições públicas, verdadeiro disciplinarismo dos estamentos hipossuficientes da sociedade. O Poder Judiciário, que deveria ser o verdadeiro controlador da atuação do Estado perante a sociedade, age em uma gama infinitamente restrita das situações reais e, quando age, atua com base em premissas (instrução processual) não raramente eivadas de vício na própria origem. No cotidiano, o sistema penal é exercido por instituições públicas (como a polícia) ou privadas (como empresas de segurança e organizações criminosas) deslegitimadas. Diz-se deslegitimadas, pois, sob um ponto de vista constitucional, somente o Poder Judiciário tem legitimidade para atuar perante os direitos individuais na seara penal.

A função do Estado, responsável pela prevenção e repressão da criminalidade, historicamente teve como foco a conduta socialmente prejudicial. A figura do autor como pessoa e o impacto social da própria atuação do Estado sempre foram relegados a segundo plano.

Todavia, a partir do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana no Estado contemporâneo, o sistema penal imergiu em profunda crise de legitimidade. A necessidade de responder à crescente criminalidade não conseguia se operacionalizar sem implicar no desrespeito à dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi reconhecida na Constituição Federal de 1988 como princípio de fundamento da República Federativa, artigo 1º, inciso III. Com esta normatividade, a dignidade da pessoa humana deve ser tomada pelo aplicador do direito como elemento de unidade axiológica da Cons-

²⁰⁸ SEIDMAN. Soldiers, martyrs and criminals. Utilitarian Theory and the problem of crime control. In: YLJ, 94, 1984, p.315-349. *Apud* SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Coleção de estudos de direito penal. Vol. 11, Barueri: Manole, 2004, p. 20.

²⁰⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 25.

tuição Federal e como fundamento hermenêutico de todo o sistema jurídico. Outrossim, a pessoa é o foco de atuação do Estado e da própria coletividade, restando a preservação e promoção da sua dignidade como objetivos fundamentais da nação.

Nessa perspectiva, o sistema penal, entendido como um conjunto de elementos normativos e institucionais, também deve inserir a dignidade da pessoa humana como cerne de sua atuação. Para tanto, faz-se imprescindível o amadurecimento da noção econômica de eficiência em sua seara. A eficiência implica na atuação do Estado e da própria comunidade em prol da preservação da dignidade da pessoa humana, incluindo-se aí tanto o criminoso quanto as vítimas – reais ou potenciais.

O primeiro paradigma para o aperfeiçoamento da eficiência do sistema penal é assegurar que sua atuação não será socialmente mais lesiva que o próprio delito. Se o crime é uma conduta socialmente reprovável, obviamente que atuação do Estado e da própria comunidade com o fim de prevenir ou reprimir os delitos não pode ser ainda mais danosa.

O segundo é a legitimação de toda atuação do sistema penal. Esta legitimação somente pode advir da real interferência do poder judiciário. Para tanto, o ordenamento jurídico deve restringir a tipicidade àquilo que é viável ao Poder Judiciário solucionar.

Por fim, a pena também deve sofrer profunda reformulação. Ao se constatar que a pena constitui castigo despido de qualquer utilidade social é inegável a conclusão de que ela é “perdida”, ou seja, carente de legitimidade²¹⁰. Não é a gravidade da pena que interfere no cotejo de custos e benefícios do agente criminal. É a probabilidade de ser punido que lhe desestimula. Outrossim, a função preventiva pode ser realizada não só pelo desestímulo de condutas criminosas, como também pelo estímulo de condutas salutares.

Cândido Furtado Maia Neto aponta alternativas jurídicas à falência do sistema penal, baseando-se na jurisprudência democrática:

Por esta razão, que a jurisprudência criminal democrática busca vias legais para desafogar a carga das agências judiciais, procurando fazer com que o sistema atue com mais eficiência e perfeição, ante os casos ilícitos

²¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

que exijam reprimenda da lei e do Estado, por demonstrar dano e gravidade. São inúmeras as propostas, como:

- ampliações das transações penais, das suspensões dos processos e da suspensão da execução da pena – sentença (sursis);
- prevalência para a concessão do cumprimento da pena em regime aberto;
- primazia para a aplicação das medidas alternativas e substitutivas à prisão;
- aumento do limite legal para a concessão de liberdade provisória;
- maior amplitude nos critérios objetivos e subjetivos para a concessão do livramento condicional e da progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade;
- ampliação do instituto do perdão judicial como poder discricionário do magistrado;
- amplitude para as espécies de clemência presidencial – indulto coletivo e individual, etc -;
- maior utilização do remédio jurídico do hábeas corpus para o trancamento da ação penal por falta de justa causa;
- extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva.

Todas estas propostas possuem base interpretativa, no direito comparado e na analogia in bonam partem, nos objetivos das Leis ns^o 9.099/95 e 10.259/01 c.c. com a prescrição do art. 44, I do CP, e art. 3^o do CPP, observando sempre os seguintes princípios reitores; a saber: da economia processual, da utilidade do movimento da máquina judiciária, da oportunidade, da insignificância, da lesividade, da proporcionalidade, da humanidade, da boa-fé ou pro homine, da superioridade ética estatal, da isonomia, da interpretação favorável ao réu, da intranscendência do processo e/ou da pena, da interpretação teológica, e do princípio de boa política criminal, em nome da racionalidade e da lógica da prestação jurisdicional penal.²¹¹

Finalmente, a eficiência do sistema penal, sob um prisma realístico-valorativo, se apresenta como único meio de atuação frente à criminalidade e traz consigo o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Como lembra Norberto Bobbio,

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais²¹².

O interrogatório, como expoente máximo da participação do homem

²¹¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **O promotor de justiça e os direitos humanos** - acusação com racionalidade e legalidade por um ministério público democrático. 2^a Ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 143-144.

²¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14^a Tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p 01.

no processo, não pode ficar isolado deste processo civilizatório e racionalizador. Por isso, a importância de ser estudado à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, sem qualquer medo de colocar em risco os objetivos de pacificação social.

3 O INTERROGATÓRIO JUDICIAL

3.1 Conceito

Desde as sociedades mais primitivas, a oitiva do réu é tida como um dos pontos basilares da apreciação de um caso penal. A oitiva do imputado sempre foi um elemento essencial do processo penal, seja de cunho acusatório ou inquisitório. O que se distinguia nos dois sistemas era a importância probatória do ato. A sua existência, contudo, sempre foi fundamental para os julgamentos não só por razões de política e respeito ao interesse individual do imputado, mas também, pelas restrições que o ser humano enfrenta na reconstrução da verdade dos fatos em julgamento.

Neste capítulo será dado enfoque ao interrogatório judicial, entendido como aquele ato processual realizado durante o trâmite do caso penal na seara judicial, excluindo-se, assim, a oitiva do suspeito na fase administrativa. Tal opção adveio da necessidade de focar a oitiva do réu sob o prisma dos sistemas processuais, que ficaria prejudicada ante a natureza inquisitorial do inquérito policial.

Lançar um conceito de interrogatório judicial não é tarefa fácil. Em geral, como lembra João Gualberto Garcez Ramos, os doutrinadores adotam um conceito que prestigia aspectos acidentais do ato processual, a partir de uma metodologia analítica, o que torna o conceito impuro e, portanto, carente de precisão didática²¹³.

Exemplo de tal linha de conceitos é o dado por Inocêncio Borges Rosa, para quem "a expressão interrogatório vem do verbo interrogar, que significa perguntar, fazer perguntas. Portanto, interrogatório do acusado é o conjunto das perguntas que a autoridade dirige ao acusado"²¹⁴.

No mesmo sentido é o conceito dado por Frederico Marques, "consiste o interrogatório em declarações do réu resultantes de perguntas formuladas

²¹³ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 255.

²¹⁴ ROSA, Inocêncio Borges da. **Processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Editora Globo, 1942, p. 491-492.

para esclarecimento do fato delituoso que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a esse fato"²¹⁵.

Nesses conceitos os autores pecam por considerar as perguntas formuladas como o ponto central da oitiva do acusado. Em realidade, seja em um processo inquisitório ou acusatório, o cerne do interrogatório é o conteúdo das declarações do acusado.

Em um processo inquisitório o enfoque é a obtenção da confissão. Busca-se que o conteúdo das declarações seja o reconhecimento da culpa e a narrativa do fato criminoso. As perguntas formuladas pelo inquisidor, articuladas de forma planejada e capciosa para subjugar o inquirido é o meio utilizado para alcançar o fim.

Mesmo em um sistema acusatório, ainda que puro, com exame direto pelas partes, o enfoque não é a articulação de perguntas. É, sim, a versão dada pelo acusado à sua defesa. Mesmo com a confissão espontânea se busca extrair dados a respeito da personalidade do acusado, motivos do crime e a participação de terceiros. Estes aspectos podem advir independentes de prévia pergunta pelas partes técnicas.

Tanto assim que no processo penal alemão, segundo notícia Colomer, citado por João Gualberto Garcez Ramos, ao final da instrução é dada ao acusado a oportunidade de uma "última palavra"²¹⁶.

Um dos maiores expoentes da doutrina do processo penal brasileiro, Tourinho Filho, trabalha seu conceito a partir da atividade exercida pelo juiz. Considera o interrogatório como "meio através do qual o Juiz ouve do pretense culpado esclarecimentos importantes sobre a imputação que lhe é feita e, ao mesmo tempo, colhe dados importantes para o seu convencimento"²¹⁷.

Uma das definições mais extensas é proposta por Mirabete, para quem "a audiência do interrogatório constitui ato solene, formal, de instrução, sob a presidência do juiz, em que este indaga do acusado sobre os fatos articulados na denúncia ou queixa, deles lhe dando ciência, ao tempo em que abre oportunidade de defesa"²¹⁸.

²¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol II; 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 322.

²¹⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 256.

²¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27ª ed., Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 269.

²¹⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 293.

Tais definições, não obstante a distinção intelectual de seus autores, frustram a dogmática na medida em que não são aplicáveis indistintamente ao interrogatório realizado em um processo acusatório ou outro de natureza inquisitiva. Verifica-se, na realidade, que os conceitos se amoldam mais a um sistema inquisitivo na medida em que colocam o interrogado como um objeto à disposição exclusiva do juiz presidente.

Nessa perspectiva, a extensão das declarações prestadas pelo acusado, e mesmo sua própria direção, se vinculam aos interesses do juiz.

Propondo uma visão mais precisa e moderna, João Gualberto Garcez Ramos conceitua o interrogatório, seja judicial, seja policial, como a "oitiva do 'arguido' (indiciado ou acusado) por um órgão público, durante um procedimento oficial de natureza processual penal"²¹⁹.

Esse conceito busca viabilidade tanto em um sistema de natureza acusatória quanto inquisitória. Contudo, ousa-se anotar que ao lançar mão do termo "oitiva" como ponto fundamental do ato, o conceito pressupõe que o acusado se expresse e apresente uma versão a respeito do caso penal.

Todavia, se no processo inquisitório o réu é obrigado a falar, no acusatório o direito ao silêncio é uma das garantias. Não por menos que no processo penal brasileiro a Lei nº 10.792/03 consignou expressamente o direito ao silêncio e a impossibilidade de tal direito ser interpretado contra o acusado. Ainda que o arguido permaneça em silêncio, é imperioso considerar que o ato processual interrogatório foi realizado. Ressalte-se que o ato foi realizado em seu cunho processual, embora frustrado, em maior ou menor grau, dependendo da extensão do silêncio, sua vertente material.

Nesses termos, o conceito seria mais preciso se formulado com a seguinte redação: *interrogatório processual penal é o ato judicial destinado à oitiva do acusado perante os demais sujeitos processuais em um determinado caso penal*. Considera-se como "demais sujeitos processuais" a posição de Julio Maier, para quem são sujeitos processuais: 1) o acusado; 2) o Ministério Público; 3) o julgador (órgão monocrático ou colegiado, togado ou leigo); 4) a vítima²²⁰.

²¹⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 256.

²²⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo II, 1ª ed., 1ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, passim.

Com tal enfoque, pretende-se considerar a expressão "destinado à oitiva" como a possibilidade de ela (oitiva) não ocorrer por opção do acusado.

Outrossim, encampam-se como destinatários do interrogatório, uma vez que dele participam diretamente, no Brasil ainda mais após a edição da lei 10.792/03, as partes técnicas {acusação, assistente de acusação, Ministério Público (como *custus legis* na queixa) e defesa} e os julgadores (juiz monocrático, tribunal ou conselho de sentença, no Júri).

3.2 Natureza Jurídica

O enquadramento do interrogatório dentro de uma das categorias dogmáticas de determinado sistema jurídico sempre foi alvo de exaustivo debate, em especial quando se volta ao processo penal brasileiro.

Desde os primórdios do processo penal o enfoque e importância dados ao interrogatório dependeram diretamente da posição política do Estado, conforme analisado no capítulo I.

Em sistemas de índole acusatória há forte proeminência do caráter defensivo do interrogatório. De outro lado, na inquisição, a busca da verdade real coloca a arguição como principal momento da instrução. Tanto assim que a confissão, principal escopo do processo, é considerada a "rainha das provas".

Nesse aspecto cabe a oportuna advertência de Hélio Tornaghi de que o interrogatório terá uma ou outra faceta dependendo do enfoque dado pela lei. Ou seja, a política criminal é que traçará o interrogatório como defesa ou prova. Elucida esta observação da seguinte forma:

No primeiro caso, o juiz pondera tudo aquilo que o réu afirma, a seu favor ou contra si. Na segunda hipótese, o interrogatório é apenas a oportunidade que a lei dá ao réu para fazer alegações e citar fatos que possam exculpá-lo. O interrogatório, usado como meio de defesa, serve, entretanto, como fonte de prova; mas ele próprio não prova nada, não é meio de prova. É instrumento de prova quando a lei o considera fato probante e o é de defesa quando ela entende que ele por si nada evidencia, mas apenas faz referência ao tema

probando e, por isso, é preciso ir buscar a demonstração de tudo quanto nele foi dito pelo réu".²²¹

Atualmente é maioria a doutrina que prega o interrogatório judicial como um ato processual de natureza mista. É, ao mesmo tempo, meio de defesa e fonte de prova.

Uma minoria insiste em considerar o interrogatório como, exclusivamente, meio de defesa. Nesta linha, Tourinho Filho²²² e Paulo Rangel²²³ fundamentam sua posição no fato de que é dado ao acusado o direito de permanecer calado, sem que este silêncio possa lhe prejudicar.

Não se pode olvidar que o próprio Código de Processo Penal dá azo a tal interpretação ao prever no artigo 189, com redação dada pela lei 10.792/03, que o acusado pode "indicar provas"²²⁴.

Também nessa linha, mas com uma base filosófica extremamente sólida, Luigi Ferrajoli considera o interrogatório, em um modelo garantista acusatório, como o principal meio de defesa. Sua função seria "dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar"²²⁵.

Nesse diapasão, o filósofo da Universidade de Camerino destaca que, para a defesa do réu, o interrogatório deve materializar regras de lealdade processual, mediante as seguintes garantias:

A imediação ou do mesmo modo a tempestividade; a contestação verbal não só das acusações, mas de todos os argumentos e resultados instrutórios que se opõem às deduções defensivas; a proibição de perguntas tendenciosas e a clareza e univocidade das perguntas propostas; a proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e à colaboração com a acusação; a compilação original do auto de interrogatório por parte do interrogado em caso de processo escrito e o registro de seu depoimento em caso de processo oral; a tolerância a todas as suas interrupções ou intemperanças; a obrigação de "investigar as circunstâncias levantadas pelo réu"; e, sobretudo, a liberdade

²²¹ TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal**. v. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.

²²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 27ª ed. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 269.

²²³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 469.

²²⁴ Na redação original tal abertura estava prevista no artigo 188.

²²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486.

pessoal do imputado, que só é garantida pela igualdade com a acusação, pela seriedade dos depoimentos e pela capacidade de autodefesa.²²⁶

Importante destacar que, embora não considere como fonte de prova, o garantismo de Ferrajoli elege como condição de validade do processo que as justificativas apresentadas pelo acusado em seu interrogatório sejam extensamente verificadas e refutadas pela acusação. É o que o autor denomina confirmação por *modus ponens* e refutação por *modus tollens*. Estes paradigmas se materializam mediante os seguintes axiomas:

1) ônus da acusação de produzir dados ou fatos probatórios que tenham valor de confirmações necessariamente conseqüentes acerca da hipótese acusatória e de generalizações ou "máximas da experiência" que os liguem a ela; 2) o direito da defesa de invalidar tal hipótese, contraditando-a mediante contraprovas compatíveis apenas com hipóteses alternativas, as quais por sua vez a acusação tem o ônus de invalidar 3) a faculdade de o juiz aceitar como convincente a hipótese acusatória (não se, mas) apenas se concordante com todas as provas e resistente a todas as contraprovas coletadas.²²⁷

Dentre os que atribuem uma natureza mista ao interrogatório, João Gualberto Garcez Ramos adverte que este ato processual somente pode ser considerado mediatemente como fonte de prova, na medida em que não é seu escopo a confissão. Os elementos probatórios advindos do interrogatório têm, assim, natureza meramente accidental²²⁸. Tal posição é reforçada pelos processualistas da Universidade de São Paulo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que condensam seu pensamento no seguinte trecho:

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*.

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486.

²²⁷ *Ibid.*, 116.

²²⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 306.

E mais, o acusado não tem a obrigação nem o dever de fornecer os elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade de o acusado não responder. A autoridade estatal não pode dispor dele, mas deve respeitar sua liberdade no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se. O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa e que assegura a liberdade de consciência do acusado.²²⁹

Mesmo sob a égide de constituições de natureza eminentemente autoritárias, Jorge Alberto Romeiro destacava a inadmissibilidade do interrogatório como meio de prova, considerando-o, na excepcionalidade, como fonte de prova:

O interrogatório é um meio de defesa e não de prova, isto porque o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo. E na doutrina positiva penal, a qual, considerando o delito não como uma entidade jurídica abstrata, mas também, e sobretudo, como sintoma de periculosidade do delinqüente, não pode e nem deve descuidar da mais solene manifestação judiciária da personalidade psico-ética do imputado, para melhor proceder à individualização da pena, e sob esse aspecto não pode deixar de ser considerado o interrogatório como fonte de prova, diga-se fonte e não meio de prova.²³⁰

No direito brasileiro não é possível negar a natureza probatória, ainda que mediata, do interrogatório por diversas razões.

Em primeiro lugar, o Código de Processo Penal vigente enquadra a oitiva do acusado no capítulo das provas, Capítulo III do Título VII. Mesmo com a reforma não houve alteração topográfica do ato.

Além disso, na lição de Jorge de Figueiredo Dias, “qualquer dos interrogatórios visa contribuir para o esclarecimento da verdade material, podendo nesta medida legitimamente reputar-se um meio de prova”²³¹.

Diante dessas colocações, vê-se que a dicotomia doutrinária perde considerável importância. Embora nunca deixe de ser meio de defesa, uma vez que o próprio instinto humano de sobrevivência faz o acusado se portar da maneira que lhe pareça mais adequada no interrogatório, também nunca se poderá negar à pala-

²²⁹ GRINOVER, GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

²³⁰ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 92-93.

²³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. vol. 1, Coimbra: Coimbra editora, 1974, p. 443.

vra do réu o *status* de prova. Seja do crime, pela confissão, total ou modulada, seja de circunstâncias absolutórias.

Em ambos os casos, confissão ou absolvição, o interrogatório será analisado no contexto probatório do processo e, seu conteúdo, validado ou rechaçado.

O que não se pode aceitar é a descaracterização total do ato como meio prova sob pena de se impedir desde a busca da verdade real, como ideal de processo, até o próprio direito do acusado de ver sua tese defensiva aceita quando não infirmada por outros dados.

3.3 Direito Brasileiro

As ordenações significaram para Portugal e para o Brasil, que com elas conviveu até a promulgação do primeiro código criminal, 1832, a sistematização de tudo o que havia vigente no reino português à época, em matéria de costumes, regras e leis.

As Ordenações Filipinas é que tiveram direta aplicação no Brasil por mais de dois séculos, levando este nome por homenagem ao Rei Felipe II, espanhol, que herdou o reino português.

Segundo Pierangelli,

O sistema do processo criminal ordinário das Ordenações Filipinas tinha a mesma ordem e solenidades do processo civil ordinário, no que fosse adaptável. Os procedimentos estavam divididos de conformidade com os delitos, classificados estes em públicos e particulares. Nos particulares, a acusação dependia da querela, da inquirição sumária, do corpo de delito e da pronúncia. Nos crimes públicos, por seu turno, a acusação estava na dependência: da querela ou da denúncia; da caução das custas, emenda e satisfação; do corpo de delito e da pronúncia ou da devassa, como instrumento do procedimento oficial do juiz seguida da inquirição judicial das testemunhas, isto é, de sua repergunta e confrontação em presença do réu e, a final, da pronúncia. A pronúncia tinha por base o corpo de delito e os indícios de autoria. A confissão, os instrumentos, as testemunhas e os tormentos fundamentavam o julgamento.²³²

As ordenações permitiam as devassas. As devassas eram inquirições para a informação dos delitos, classificando-se em gerais e especiais, aquelas procuravam desvendar delitos cuja autoria era incerta, estas, delitos cuja autoria era certa²³³.

As acusações eram intentadas por qualquer pessoa do povo, nos crimes públicos e, nos crimes privados, pelos ofendidos. Tais acusações eram precedidas pelas querelas, as quais eram instrumentadas pelos autos de querela. Lançada a querela, procedia-se ao sumário de querela, com audiência de três ou quatro testemunhas. Em seguida, procedia-se ao corpo de delito. A denúncia era a comunicação feita à justiça do cometimento do crime, assemelhando-se ao que se denomina hoje *notitia criminis*.

Os tormentos podiam ser feitos pelo juiz em delitos graves, a fim de compelir o acusado a dizer a verdade mediante tortura, sendo que só tiveram amplo emprego em decorrência dos preconceitos que levaram a jurisprudência a exigir, como regra essencial, a necessidade da confissão do acusado²³⁴.

Na época eram comuns as devassas que correspondiam a inquirições gerais, geralmente realizadas uma vez por ano por conta dos corregedores e para descobrirem a autoria dos crimes não desvendados²³⁵.

A ordem do processo ordinário era a do Direito Canônico, com exceção dos processos das injúrias e outros casos leves. Segundo lição de João Mendes de Almeida Júnior, o desenrolar do processo seguia as seguintes fases:

1º três modos de proceder: a acusação, a denúncia, a inquirição. A acusação inscrevia-se pelo auto de querela; a denúncia não se inscrevia, pois era meio de delação secreta e da súplica dos fracos; à inquirição, em regra, procedia-se *ex-officio*; 2º Lavrado o auto de querela, com as formalidades do juramento e nomeação de duas ou três testemunhas, ou feita a denúncia, ou encerrada a inquirição, tinha lugar a citação; 3º Seguiu-se o interrogatório do réu, em que este podia negar ou confessar o crime e exigir que as testemunhas da devassa se tornassem judiciais, isto é, que fossem repreguntadas perante o Juiz em sua presença: era isto a recolectio ou *recolatio* e a *confrontatio*; 4º Terminadas as inquirições, dava-se ao réu termo para

²³² PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal, evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 64.

²³³ *Ibid.*, p. 65.

²³⁴ *Ibid.*, p. 68.

²³⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 71-72.

a defesa, ou como diziam os canonistas *ad allegandum quid vult ne condemnentur, et ad omnes suas defensiones faciendas*²³⁶.

Nesta época, eram comuns ainda os juramentos. Com efeito, a "lei das sete partidas", outorgada por D. Afonso X, o sábio, previa o juramento como meio de prova²³⁷.

O Brasil é descoberto durante a vigência das chamadas Ordenações Afonsinas²³⁸, sendo que, apesar de ter sido descoberto em 1500, o país só começa a ser povoado por volta de 1530, quando são enviados Cristovão Jacques, para patrulhar e libertar a costa, e Martim Afonso, que fundou várias vilas pelo litoral brasileiro. Com a divisão da colônia em doze capitanias hereditárias, o exercício da jurisdição civil e criminal foi outorgada aos destinatários. Os capitães-donatários tinham o poder de conhecer, julgar e aplicar as penas, inclusive de morte. Lembra Jônatas Luiz Moreira de Paula que o poderes dos capitães-mores não eram arbitrários, pois vinculados às diretrizes do rei. Outrossim, os capitães-donatários não possuíam poderes ilimitados nem o exercício isolado do poder judicial ou legislativo.²³⁹ A base do sistema judiciário era ocupada pelos juízes municipais. O rei português concentrava a competência para ouvir apelações e agravos. Entre os dois, os donatários e governadores exerciam uma espécie de "justiça senhorial" ora exclusiva, conforme a pessoa ou matéria, ora como sede de recurso às decisões dos juízes municipais.²⁴⁰

Em 1549, como essa espécie de governo não mostrou resultados favoráveis, é criado um governo central, em Salvador, sob o comando de um governador-geral. Começa, assim, a ser criado um incipiente aparelho judiciário na colônia. Havia um provedor-geral, encarregado da fazenda, um capitão-mor da costa, encarregado da defesa do litoral, um alcaide-mor, comandando as armas e um ouvi-

²³⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 113.

²³⁷ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal, evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 40.

²³⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo**. 2001. 326 f. Tese (pós-doutorado em direito) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, p. 170.

²³⁹ *Ibid.*, p. 173-174.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 177.

dor-geral, cuidando da justiça²⁴¹. Quando D. João VI, em 1808, chega ao Brasil, já encontrou um razoável aparelho judicial, o qual foi ampliado por obra do monarca.

No Brasil independente, o Código de Processo Criminal, que surge na época, resultou em um grande avanço em relação às Ordenações Filipinas, abolindo-se as devassas especiais, introduzindo-se ainda outras normas para melhor tutelar os direitos dos acusados²⁴². O Código de 1832 tratava do interrogatório como ato de defesa, prevendo-se quatro interrogatórios: o primeiro, realizado quando da prisão em flagrante (artigo 132); o segundo, na fase de formação da culpa (artigo 142); o terceiro "para ratificação perante o primeiro Conselho de Jurados ou Júri de acusação" (artigo 245); o quarto perante o Júri de Sentença, sendo o acusado perguntado pelo juiz sobre os "artigos do libelo ou contrariedade" (artigo 259). Com o desaparecimento do júri de acusação, com a Lei de 3 de dezembro de 1841 e o Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, os interrogatórios foram reduzidos a três: o do auto de prisão em flagrante delito, da formação da culpa e do plenário²⁴³.

Pressionados pela necessidade de manter a união nacional após a abdicação de D. Pedro I, surge a Lei de 3 de dezembro de 1841, regulada pelo Decreto n. 120, de 31 de janeiro de 1842.

Muitas foram as críticas a esta reforma legislativa, que, além de outras medidas, concentrou em grande parte as funções judiciárias e policiais nas mãos da polícia, não havendo assim respeito à independência da atividade jurisdicional²⁴⁴.

Em 20 de setembro de 1871, surge a Lei n. 2.033, regulada pelo Dec. Nº 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, separando a polícia da judicatura e arrefecendo outros rigores da Lei de 3 de dezembro.

Com a proclamação da República, surge a autonomia dos Estados em legislarem sobre matéria processual penal, respeitados, contudo, princípios indicados na Constituição, tratando-se assim de autonomia parcial.

Durante esse período, vale lembrar o Código de Processo Penal de Minas Gerais, o qual, em seu artigo 276, especificava as perguntas que deviam ser

²⁴¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 141.

²⁴² *Ibid.*, p. 175-176.

²⁴³ FERNADES, Antônio Scarance. **Procedimento no processo penal**. 2004. 413 f. Tese (concurso para o cargo de professor titular de direito processual da faculdade de direito) USP, São Paulo, 2004, p. 157.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 181.

feitas aos acusados, sendo que o juiz não poderia, como no regime anterior, proceder a outras perguntas senão aquelas previstas no dispositivo legal²⁴⁵.

Finalmente, em 3 de outubro de 1941 é publicado o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, atual Código de Processo Penal brasileiro, resultante de projeto elaborado por uma comissão composta pelos Doutores Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queirós, Roberto Lyra e Desembargador Florêncio de Abreu. Seguiu, em linhas gerais, o sistema tradicional, conservando o inquérito policial, com instrução provisória, as modalidades de prisão, sendo que a prisão preventiva era obrigatória em algumas hipóteses, os recursos etc²⁴⁶.

Nesse Código, passa o interrogatório a ser considerado meio de prova, inserido que está no Título VIII do Código, sendo permitido ao juiz considerar o exercício do direito ao silêncio desfavoravelmente ao acusado. Não se garantiu a presença de um advogado ao ato, podendo o juiz proceder a quaisquer perguntas que entendesse necessárias. Na realidade, o Código de 1941 refletia o momento de endurecimento em que vivia o país, envolto na Guerra Mundial e em regimes totalitários²⁴⁷.

O interrogatório judicial encontra-se disciplinado nos artigos 185 e seguintes do Código de Processo Penal. O artigo 185 do Código de Processo Penal traz expressa a necessidade de se proceder ao interrogatório judicial do acusado que for preso, ou que comparecer, espontaneamente ou intimado, perante a autoridade judicial.

Tal dispositivo decorre do princípio da obrigatoriedade que vige em sede de interrogatório judicial, constituindo nulidade absoluta insanável, a não realização de interrogatório, estando presente o acusado, nos termos do artigo 564, III, "e" do Código de Processo Penal. Assim, até antes do trânsito em julgado, é possível falar na obrigatoriedade de interrogatório, não sendo admissível que o juiz deixe de interrogar, quando o acusado estiver presente²⁴⁸.

²⁴⁵ FERNADES, Antônio Scarance. **Procedimento no processo penal**. São Paulo:USP, tese apresentada em concurso para o cargo de professor titular de direito processual da faculdade de direito, 2004, p. 157.

²⁴⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 222.

²⁴⁷ op. cit., p. 159.

²⁴⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 95.

A advertência constante na segunda parte do artigo 186 do Código de Processo Penal, anterior à redação dada pela Lei nº 10.792/2003, que determinava a interpretação do silêncio contra o acusado, era evidentemente inconstitucional, sob à luz do texto de 1988.

O artigo 188 do Código de Processo Penal, após a redação conferida pela Lei nº 10.792/2003, dispõe que o juiz, após proceder ao interrogatório, indagará das partes se restou algum ponto para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Referido dispositivo não derroga, ao nosso sentir, o princípio da judicialidade, segundo o qual cabe ao juiz pessoalmente, e somente a ele, o interrogatório do acusado, mas, sem dúvida, suaviza-o, já que empresta às partes a possibilidade de acrescentarem questionamentos aos formulados pelo juiz. Para alguns, na linha do pensamento de Hélio Tornaghi, a previsão do artigo 6º, V, do Código de Processo Penal, no sentido de que a autoridade policial ouça o indiciado, não se falando em interrogatório, seria a comprovação de que o interrogatório, como meio de prova, é ato de instrução do processo, privativo do juiz²⁴⁹.

O interrogatório oferece a oportunidade de um contato direto entre juiz e acusado, propiciando àquele formar juízo a respeito da personalidade, da sinceridade, das desculpas ou da confissão, do estado d'alma, da malícia ou da negligência do acusado.

No direito processual penal anterior à Lei nº 10.792/2003 era vedada a participação da acusação ou da defesa no interrogatório, interferindo de qualquer modo no ato. Como dizia Hélio Tornaghi, a proibição pura e simplesmente ao defensor não permite concluir que estaria facultada a intervenção da acusação, pois historicamente a legislação brasileira nunca previra a participação da acusação, já a da defesa fora prevista por uma Lei francesa de 8 de dezembro de 1897, sendo que, até pelo costume, foi tendo, por vezes, sua participação assegurada²⁵⁰.

O Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei 1002/69, regula o interrogatório nos seguintes termos:

²⁴⁹ TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, 361.

²⁵⁰ *Ibid.*, 363.

Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou prêso, antes de ouvidas as testemunhas.

Comparecimento no curso do processo

Parágrafo único. A qualificação e o interrogatório do acusado que se apresentar ou fôr prêso no curso do processo, serão feitos logo que ele comparecer perante o juiz.

Interrogatório pelo juiz

Art. 303. O interrogatório será feito, obrigatoriamente, pelo juiz, não sendo nêle permitida a intervenção de qualquer outra pessoa.

Questões de ordem

Parágrafo único. Findo o interrogatório, poderão as partes levantar questões de ordem, que o juiz resolverá de plano, fazendo-as consignar em ata com a respectiva solução, se assim lhe fôr requerido.

Interrogatório em separado

Art. 304. Se houver mais de um acusado, será cada um dêles interrogado separadamente.

Observações ao acusado

Art. 305. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Perguntas não respondidas

Parágrafo único. Consignar-se-ão as perguntas que o acusado deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.

Forma e requisitos do interrogatório

Art. 306. O acusado será perguntado sôbre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, profissão ou meios de vida e lugar onde exerce a sua atividade, se sabe ler e escrever e se tem defensor. Respondidas essas perguntas, será cientificado da acusação pela leitura da denúncia e estritamente interrogado da seguinte forma:

- a) onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta e de que forma;
- b) se conhece a pessoa ofendida e as testemunhas arroladas na denúncia, desde quando e se tem alguma coisa a alegar contra elas;
- c) se conhece as provas contra êle apuradas e se tem alguma coisa a alegar a respeito das mesmas;
- d) se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer dos objetos com ela relacionados e que tenham sido apreendidos;
- e) se é verdadeira a imputação que lhe é feita;
- f) se, não sendo verdadeira a imputação, sabe de algum motivo particular a que deva atribuí-la ou conhece a pessoa ou pessoas a que deva ser imputada a prática do crime e se com elas esteve antes ou depois desse facto;
- g) se está sendo ou já foi processado pela prática de outra infração e, em caso afirmativo, em que juízo, se foi condenado, qual a pena imposta e se a cumpriu;
- h) se tem quaisquer outras declarações a fazer.

Nomeação de defensor ou curador

1º Se o acusado declarar que não tem defensor, o juiz dar-lhe-á um, para assistir ao interrogatório. Se menor de vinte e um anos, nomear-lhe-á curador, que poderá ser o próprio defensor.

Caso de confissão

2º Se o acusado confessar a infração, será especialmente interrogado:

- a) sôbre quais os motivos e as circunstâncias da infração;
- b) sôbre se outras pessoas concorreram para ela, quais foram e de que modo agiram.

Negativa da imputação

3º Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.

[...]

Art. 308. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Nota-se que, ao contrário do que ocorreu no processo relativo a civis, o Código de Processo Penal Militar não sofreu alterações significativas desde sua edição. As leis que amenizaram os caracteres inquisitórios do Código de Processo Penal comum não abrangeram o militar. Destacam-se, entre os institutos nitidamente revogados pela Constituição Federal de 1988: 1) a possibilidade de interpretação do silêncio em prejuízo do réu (artigo 305); 2) a oitiva do acusado antes da instrução processual (artigo 302); e a impossibilidade de participação dos demais sujeitos processuais, Ministério Público e defesa, no ato (artigo 303).

Diferente é a disciplina no sistema da *common law*, em que o acusado, optando em depor, submete-se ao chamado *cross examination*, cuja principal característica consiste na participação direta das partes na formulação de perguntas ao acusado.

Mas deve-se advertir que no processo inglês e americano, dá especial foco à teoria do livre arbítrio. Decorrencia disto é que, primeiramente, confere-se ao acusado o direito de não prestar depoimento, como explicitado na cláusula “privilege against self-incrimination” da V Emenda da Constituição Americana.

Entretanto, se o acusado optar por prestar declarações o fará como testemunha, prestando o compromisso de dizer a verdade e, estando em julgamento, o falsear da verdade lhe será imputado como novo crime, perjúrio.

Se, por um lado, o sistema dos questionamentos diretos permite uma melhor dinâmica no ato, visto externamente, não é o modo mais eficaz de se garantir a serenidade e a incolumidade psíquica do acusado, pois as perguntas formuladas diretamente pelas partes, conseqüência dos interesses parciais que visam tutelar no processo, podem configurar um abuso do direito de interrogar, criando efeitos vazios de conteúdo e sem relação com os aspectos tratados no processo.

Vê-se que a disciplina do conteúdo e procedimento do interrogatório no Código de Processo Penal, antes da alteração empreendida pela Lei nº 10.792/2003, não coadunava com sua destinação como meio de defesa, pois, ao legislador do Código, pareceu ser o interrogatório apenas meio de prova.

Com efeito, a disciplina do interrogatório, como, também, meio de defesa, assegura ao acusado um tratamento ético e condigno com a preservação de sua dignidade, que não foi perdida, apesar do processo instaurado. Neste ponto, interessante assinalar a exposição de motivos do Ministro da Justiça Campos Salles, que precedeu o Decreto nº 848/1890, que organizou a Justiça Federal:

No empenho de rodear das mais sólidas garantias a liberdade individual e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providências mais salutares, ficou estabelecido um limite para o interrogatório dos acusados. Com efeito, nada pode ser mais prejudicial à causa da justiça do que este duelo pungente de argúcias e subtilezas, de subterfúgios e ciladas, que comumente se vê travado em pleno tribunal entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquele, que deveria ser o órgão circunspecto e severo da austera majestade da lei, tem, no entanto, como o mais apetecido triunfo, a confissão do acusado, extorquida a força de uma sagacidade criminosa. No sistema adotado para os processos criminais, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o acusado tem o direito de responder laconicamente "sim" ou "não", e o juiz tem o dever de respeitar o seu lacunismo. É a instalação definitiva do regime estabelecido pelas práticas dos tribunais ingleses e americanos: ai está consagrado na sua maior pureza o princípio da inviolabilidade do direito de defesa²⁵¹.

O melhor método que impunha ao juiz o dever de observar a natureza do interrogatório como meio de defesa era o previsto no Código do Processo Criminal do Estado do Paraná, que em seus artigos 327, 328 e 329, dispunha:

Art. 327. A autoridade abster-se-á de empregar insinuações, sugestões, promessas, injúrias ou ameaças, para obter as declarações do interrogado, que deve estar livre de qualquer coação física ou moral, adotando-se, contudo, as precauções precisas para evitar a fuga.

Art. 328. O interrogado nunca será obrigado a responder precipitadamente, devendo a autoridade conceder-lhe o tempo que lhe parecer razoável para recuperar a serenidade que tenha perdido no curso da narração dos fatos ou circunstâncias particulares ou de tempos mais remotos.

Art. 329. A autoridade encaminhará a narração que fizer o interrogado, de forma a seguir-se, quanto possível, a ordem das datas e dos fatos.²⁵²

²⁵¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Oficinas Alba Gráficas, 1942, p. 102-103.

²⁵² PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal, evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 437.

O decreto n. 848, de 11/10/1890, que organizou a Justiça Federal em sua primeira época, nos arts. 58, 59, 60 e 61 dispunha sobre o interrogatório e proibia que outras perguntas fossem feitas pelo juiz além daquelas expressamente previstas:

Art. 58. O réo será interrogado pela fôrma seguinte:

- a) qual o seu nome, naturalidade e residência ?
- b) si tem motivo particular a que attribua a queixa ou denuncia?
- c) Si é ou não culpado?

Paragrapho único. Não é permittido ao juiz accrescentar outras às perguntas acima taxadas; ao réo, entretanto, será lícito allegar quanto lhe for conveniente, devendo ser escriptas todas as suas declarações.

Art. 59. Ao denunciante ou queixoso pôde o juiz fazer as perguntas que lhe parecerem necessárias para o descobrimento da verdade.

Art. 60. A confissão do réo em juízo provará o delicto, quando coincidir com as circunstancias do facto.

Art. 61. O accusado poderá fazer juntar ao processo todos os documentos que justifiquem ou provem sua inocência. O juiz conceder-lhe-há prazo razoável para tal fim.

3.3.1 A Reforma do Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal em vigor, Decreto-lei nº 3.689/41, surgiu em meio ao denominado historicamente como Estado-Novo²⁵³ e, refletindo a ideologia autoritária da época, imprimiu ao processo a tendência inquisitorial. Seu mote de surgimento foi, principalmente, a necessidade em unificar a legislação processual penal que, desde a Proclamação da República, era de incumbência de cada Estado da Federação.

Passados quase setenta anos da entrada em vigor poucas, e pontuais, alterações foram realizadas até a entrada em vigor das Leis nº 11.689/08, 11.690/08 e nº 11.719/08. Especificamente sobre o interrogatório, o tema foi o que sofreu modificação de maior extensão, já que a lei 10.792/2003 havia alterado todos os artigos do capítulo III, do Título VII, artigos nº 185 a nº 196.

Também merecem destaque as alterações promovidas no sistema de interrogatório pela Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais; Lei nº

²⁵³ Grande parte do tempo governado por Getúlio Vargas, 1937/1945, que “decretou” a Constituição Federal de 1937, revogando a anterior, 1934, emanada da Assembléia Nacional Constituinte.

9.271/96, que fez cessar a possibilidade de processo à revelia de acusado citado por edital; Leis nº 10.409/02 e nº 11.343/06, que trataram do processo dos crimes relacionados a drogas.

De todas essas, o rito do Juizado Especial Criminal indubitavelmente foi a inovação que promoveu a ruptura ideológica com o sistema antidemocrático vigente. O artigo 81 previu uma defesa preliminar ao recebimento da denúncia e o interrogatório ao final da oitiva das testemunhas, em audiência una²⁵⁴.

No corpo do Código de Processo Penal, os principais méritos da Lei nº 10.792/03 foram a obrigatoriedade de defensor acompanhar o ato, constituído ou nomeado, artigo 185, e o direito ao silêncio, sem que tal opção possa ser interpretada em desfavor do acusado, artigo 186, parágrafo único.

Não obstante a pertinência da legislação esparsa, a necessidade de reforma sistemática do Código de Processo Penal se fazia cada dia mais urgente, processo que se acelerou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. De fato, como analisado nas primeiras partes deste trabalho, a nova Carta Política inaugurou uma visão garantista dos direitos individuais e os princípios processuais nela estampados confrontam claramente com aqueles enxertados pelo totalitarismo no Código de Processo Penal de 1941.

A dissonância entre princípios e regras constitucionais e diversas normas do Código de Processo Penal tornam o ordenamento processual penal brasileiro assistemático, incongruente.

Com o intuito de dirimir a divergência de mensagem entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal, o Ministro da Justiça, José Carlos Dias, constituiu comissão para o trabalho de reforma. Designou-se como membros os juristas Ada Pellegrini Grinover, que atuou como presidente; Petrônio Calmon Filho; Antônio Magalhães Gomes Filho; Antônio Scarance Fernandes; Luiz Flávio Gomes; Miguel Reale Júnior; Nilzardo Carneiro Leão; René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco; Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. O ato foi formalizado pela Portaria 61/00 do Ministério da Justiça.

²⁵⁴ “Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz, receberá, ou não, a denúncia ou queixa; Havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa. Interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e a prolação da sentença.”

A comissão foi constituída basicamente pelos membros da chamada “escola paulista de processo” e vários de seus membros já haviam participado dos trabalhos que culminaram na implementação dos Juizados Especiais Criminais, Lei nº 9.099/95, e com o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América²⁵⁵.

Os trabalhos foram concluídos em dezembro de 2000, cujo resultado foi a apresentação de sete anteprojetos. Priorizou-se a reforma do Código de Processo Penal e não a promulgação de um inteiramente novo. Sustentou-se “a morosidade própria da tramitação legislativa dos códigos, a dificuldade prática do Congresso Nacional aprovar um estatuto inteiramente novo, os obstáculos à atividade legislativa do Parlamento”²⁵⁶. Outrossim, preferiu-se cindir os temas da reforma em 1) investigação criminal²⁵⁷; 2) suspensão do processo e procedimentos²⁵⁸; 3) provas²⁵⁹; 4) interrogatório e legítima defesa²⁶⁰; 5) prisão, medidas cautelares e liberdade²⁶¹; 6) júri²⁶²; 7) recursos e ações de impugnação²⁶³.

Focando-se no interrogatório, a comissão apresentou como exposição de motivos o seguinte texto:

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 a doutrina processual postula a conformação do Código de Processo Penal com os princípios, normas e regras constitucionais, destacando-se dentre elas: Art. 5º, inc. LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; inc. LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Na linha desses dispositivos da Magna Carta acham-se os diplomas internacionais (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º). No que concerne ao interrogatório do acusado, que para além de meio de prova, constitui também e sobretudo meio de defesa, afiguram-se bastante oportunas e adequadas, em conseqüência, inclusive para se desfazer uma série de controvérsias jurisprudenciais, as alterações legislativas propostas no sentido de: (a) assegurar a presença de defensor no momento do interrogatório; (b) proibir sua realização à distância quando o acusado está preso; (c) cientificar o acusado do seu direito de permanecer calado; (d) que seu silêncio não importa em confissão e tampouco pode prejudicar a defesa;

²⁵⁵ Que serviu de base para os atuais Códigos vigentes na Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia e Paraguai.

²⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reformar do processo penal – II.** disponível em: <www.ibccrim.org.br>, acesso em 15.01.2001.

²⁵⁷ Projeto de Lei nº 4.209/01, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

²⁵⁸ Projeto de Lei nº 4.207/01, convertido na Lei nº 11.719/08.

²⁵⁹ Projeto de Lei nº 4.205/01, convertido na Lei nº 11.690/08.

²⁶⁰ Projeto de Lei nº 4.204/01, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

²⁶¹ Projeto de Lei nº 4.208/01, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

²⁶² Projeto de Lei nº 4.203/01, convertido na Lei nº 11.689/08.

²⁶³ Projeto de Lei nº 4.206/01, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

(e) separar claramente o ato do interrogatório em duas partes: a primeira sobre a pessoa do acusado (para o efeito, principalmente, de eventual individualização da pena) e a segunda sobre os fatos; (f) garantir a participação das partes no interrogatório, para complementá-lo no que for "pertinente e relevante"; (g) conferir às partes o direito de requerer novo interrogatório do acusado em pedido fundamentado.

Na realidade, a maior inovação do projeto de reforma não veio do capítulo inerente ao ato de interrogar. A principal alteração proposta ao que já está consolidado pela Lei nº 10.792/03 foi a modificação do momento da tomada do interrogatório. Passou-se do início da instrução para o seu final, após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa.

Nesse tópico, a comissão se inspirou no rito do Juizado Especial Criminal, vigente desde 1995, e adotou como fundamento jurídico e político a busca da objetividade e celeridade do processo, estampando na exposição de motivos a seguinte perspectiva:

Para garantir a eficácia do processo e a ampla defesa, visando a favorecer a punibilidade concreta das infrações penais, mantendo-se todas as garantias do acusado, previstas na Constituição Federal, leis e tratados celebrados pelo Brasil, estão sendo propostos procedimentos penais ágeis e objetivos, cuja dinâmica será facilmente notada pela sociedade.

São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia; interrogatório do acusado somente após a produção da prova; procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, interrogado o acusado, produzidas as alegações finais das partes e prolatada a sentença.

Assim, tanto no rito ordinário quanto no sumário, na instrução perante juiz singular ou Tribunal do Júri, a ordem dos atos processuais em audiência passa a ser a seguinte:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento

de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

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

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

Também se insere no âmbito de inovações a previsão para a defesa preliminar ao recebimento da denúncia, em sintonia ao que já ocorre no procedimento dos Juizados Especiais Criminais e crimes relacionados ao tráfico.

Essa defesa preliminar, embora não possa ser confundida com o interrogatório, já que é apresentada pelo advogado do acusado e tem cunho técnico-processual, representa significativa ampliação dos meios de defesa. Diz a nova redação do Código de Processo Penal:

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

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

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

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

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

A inovação é tão significativa que, em vista dos elementos trazidos na defesa preliminar, o magistrado pode proferir decisão resolutiva do processo, absolvendo sumariamente o acusado. A mudança atende aos princípios de celeridade e eficiência da prestação jurisdicional, vez que permite ao julgador prestar seu serviço público sem se atrelar à obrigatoriedade de exaurir a instrução para, então, proferir sentença. O instituto está previsto no artigo 397 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.719/08:

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

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

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

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

IV - extinta a punibilidade do agente.

Observe-se que, embora a reforma não tenha contemplado expressamente que o Ministério Público possa requerer a absolvição sumária, tal postura se mostra em poder-dever quando atendidos os requisitos legais.

O tema tem estrita relação com o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no artigo 42 do Código de Processo Penal, onde o Ministério Público não pode desistir da ação já proposta.

Em que pese a força cogente do dispositivo processual em análise, verifica-se que a indisponibilidade da ação penal pública se destina a evitar o abandono imotivado da persecução por parte do agente ministerial.

Essa indisponibilidade, no entanto, não se confunde com o julgamento antecipado da causa penal. No primeiro caso, ter-se-ia uma extinção do processo sem julgamento do mérito, o que somente é possível nos casos de extinção da punibilidade do agente. No segundo, há a constatação de que o processo se encontra maduro para julgamento, mesmo que ainda não esgotadas todas as fases previstas pelo rito processual próprio.

Nesses termos, o fato de julgar um processo penal antes de serem encerradas todas as fases processuais não significa abandono da causa pelo Ministério Público ou, se pela defesa, em deficiência de representação. O que deve ser verificado é se o processo já reúne elementos de convicção que não podem ser revertidos no curso processual.

Veja-se que o objetivo do Poder Judiciário é conferir a correta prestação jurisdicional. Esta prestação obviamente não se confunde com o simples exaurimento da instrução. Ela se perfaz com a solução da causa penal. Neste sentido, José Raul Gavião de Almeida, referindo-se a Carnelutti, traz a lição de que

[...]o juiz é chamado a solucionar a lide. Diante do conflito de interesses entrega-se ao juiz a função de intérprete do direito e historiador na pesquisa

dos fatos. A sentença expressa juízo de postura intermediária sobre o direito interpretado, sobre a verdade do fato alcançada. Assim, a função do julgador, seja civil ou penal, no processo 'é a de superar a incerteza, o que se resolve em procurar a certeza.²⁶⁴

Em seguida, o renomado professor de Processo Penal da Universidade de São Paulo faz um paralelo entre o julgamento antecipado da lide civil e da causa penal:

A circunstância de o processo civil prever o julgamento antecipado da lide (art. 330), não assim o estatuto processual penal, não constitui impedimento para a aplicação daquele instituto em lide criminal. A regra da aplicação analógica (art. 3º do Código de Processo Penal) abre porta para o ingresso da disposição processual civil, no âmbito penal.^{265.}

Com fundamento nas razões acima expostas, pode-se concluir que a causa penal pode ser julgada antes do exaurimento do rito processual, desde que os elementos probatórios já se tenham produzidos e não haja outra prova a ser valorada que possa alterar os rumos do julgamento absolutório.

Não obstante os termos da reforma aprovada recentemente no Congresso Nacional, ainda há muito o que se trilhar. Com a opção pela reforma fragmentada, dos sete projetos de lei enviados ao legislativo, apenas três foram aprovados. O projeto relativo ao ato interrogatório, PL nº 4.204/01, ainda é mera expectativa. O PL nº 4.209/01, que trata da investigação criminal, importante seara para a palavra do acusado, também está enterrado nas desavenças políticas que permeiam o Congresso Nacional.

Outrossim, a Lei nº 11.689/08 entrará em vigor em 09 de agosto de 2008, sessenta dias após sua publicação no Diário Oficial da União. A Lei nº 11.719/08, no entanto, só entrará em vigor em 22 de agosto de 2008, também após o cumprimento da *vacatio legis*. Com tal situação, adotando-se uma visão seca da legislação, haverá um espaço de tempo em que o interrogatório no Tribunal do Júri será realizado após a oitiva das testemunhas, e no processo de competência do juiz

²⁶⁴ ALMEIDA, José Raul Gavião. **Do julgamento antecipado da lide penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, 1995, p. 126.

singular, antes delas. O quadro é, obviamente, esdrúxulo e incoerente com os princípios constitucionais do processo. Caberia à Presidência da República adotar mais cautela na sanção e vetar o artigo 2º da Lei em comento, além de postergar sua publicação por mais dois dias, que se materializaria no dia 25 de junho de 2008. Com tal diligência, as Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08 entrariam em vigor na mesma data.

Somente uma visão da oitiva do acusado como direito fundamental e corolário de um sistema processual democrático pode sanar a imperfeição. Por isso, ao final do capítulo se demonstrará como é possível, através dos instrumentos de hermenêutica, estabelecer uma harmonia no sistema. Adiante-se, de qualquer sorte, que o interrogatório no procedimento comum deverá se pautar pelo modelo adotado no Tribunal do Júri e nos Juizados Especiais, mesmo antes do início de vigência da Lei nº 11.719/08.

Do que foi estudado verifica-se a velha disputa entre sistema inquisitorial e acusatório ainda permeia a opinião pública. Não obstante o anseio de punibilidade como esperança de redução da criminalidade, não se pode olvidar que a opção política de uma sociedade é estampada no texto de sua Constituição. No caso brasileiro, as diretrizes do sistema processual foram traçadas pelos princípios processuais referidos nos primeiros capítulos. Assim, enquanto viger a Constituição Federal de 1988, cabe ao legislador infraconstitucional adequar o Código de Processo Penal àqueles princípios, cabendo ao próprio Estado, otimizando sua eficiência, promover a paz social sem desrespeito aos direitos e garantias constitucionalmente previstos.

A atividade legislativa, no entanto, ainda reflete a falta de direção da opinião pública. De consequência, os projetos de lei que visavam reformar do Código de Processo Penal tiveram tramitação lenta no Congresso Nacional. Esta dificuldade já era conhecida pela comissão de reforma que optou, então, por alterações temáticas. Quando se logrou aprovar a reforma, fizeram-no de forma fragmentária, prejudicando a sistemática do processo. Cabe, então, ao jurista filtrar constitucionalmente as regras ainda vigentes no Código de Processo Penal e aplicar as novas disposições com uma visão prospectiva e democrática da jurisdição penal.

²⁶⁵ ALMEIDA, José Raul Gavião. **Do julgamento antecipado da lide penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, 1995, p. 127.

3.4 O Interrogatório como Direito Fundamental

Independente da desavença acerca da natureza jurídica do interrogatório, é imprescindível reconhecer seu *status* de direito fundamental do acusado em um processo penal de cunho acusatório e democrático.

Tal condição advém principalmente do obrigatório reconhecimento do sistema processual penal brasileiro, lido à luz da Constituição Federal de 1988 como um modelo de matriz acusatória, democrático, e que tem por fim social a garantia da dignidade da pessoa humana. Outrossim, como lembra Zimiani, “além da defesa técnica, é garantido ao acusado o oferecimento da autodefesa, por meio do interrogatório, que é o momento em que ele encontra-se diante do Juiz para apresentar sua versão dos fatos, ou silenciar, construindo, assim, a sua defesa.”²⁶⁶

A partir dessa visão humanista e democrática do processo penal, delineado na Constituição Federal de 1988, a oportunidade de oitiva pessoal do acusado a respeito dos fatos imputados torna-se inderrogável e inerente ao sistema. Em um Estado Democrático de Direito o acusado é sujeito do processo,²⁶⁷ e não mero objeto da máquina estatal. Na visão garantista de Luigi Ferrajoli, o interrogatório deve ser submetido a regras de lealdade processual. São elas:

[...]a imediação ou do mesmo modo a tempestividade; a contestação verbal não só das acusações, mas de todos os argumentos e resultados instrutórios que se opõem às deduções defensivas; a proibição de perguntas tendenciosas e a clareza e univocidade das perguntas propostas; a proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e à colaboração com a acusação; a compilação original do auto de interrogatório por parte do interrogado em caso de processo escrito e o registro de seu depoimento em caso de processo oral; a tolerância a todas suas interrupções ou intemperanças; a obrigação de “investigar as circunstâncias levantadas pelo réu”; e, sobretudo, a liberdade pessoal do imputado, que só é garantida pela igualdade com a acusação, pela seriedade dos depoimentos e pela capacidade de autodefesa.²⁶⁸

²⁶⁶ ZIMIANI, Doroteu Trentini. **O interrogatório sob a égide das garantias fundamentais e á luz dos instrumentos internacionais de direitos humanos**. 2003. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Paranaense-Unipar, Umuarama, 2003, p. 116.

²⁶⁷ PEDROSA, Ronaldo Leite. **O interrogatório criminal como instrumento de acesso à justiça penal: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486.

Tanto assim que Doroteu Trentini Zimiani²⁶⁹ e Ronaldo Leite Pedrosa²⁷⁰ sustentam o interrogatório como “instrumento de acesso à justiça”. Cândido Furtado Maia Neto contextualiza o acesso à justiça como :

O direito de acesso à justiça ou de prestação jurisdicional consagrado na Constituição e nos documentos de Direitos Humanos, tem por objetivo resguardar os valores primordiais do homem como indivíduo pertencente à coletividade, os valores, bens jurídicos e princípios da supremacia e da indisponibilidade dos interesses privados no contexto de um todo, isto é, o bem comum, mas este bem como somente se realiza com a efetividade e observância do Estado Democrático de Direito que privilegia o interesse individual.²⁷¹

Cândido Dinamarco conceitua acesso à justiça como “mais do que um princípio, [...] é a síntese de todos os princípios e garantias do processo”.²⁷² Explica:

A garantia de *ingresso em juízo* (ou do chamado “direito de demandar”) consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição).

[...]

Essa garantia não é um fim em si mesma. A progressiva redução do rol dos conflitos não jurisdionalizáveis e das pessoas sem acesso ao Judiciário seria coisa sem muito significado social e político se não existisse a garantia do *devido processo legal*, que por um de seus possíveis aspectos é a expressão particularizada do princípio constitucional da legalidade, enquanto voltado ao processo.

[...]

Compreende-se facilmente, ainda, que sequer essa solene garantia constitucional de legalidade vale por si própria, mas como penhor da obser-

²⁶⁹ ZIMIANI, Doroteu Trentini. **O interrogatório sob a égide das garantias fundamentais e á luz dos instrumentos internacionais de direitos humanos**. 2003. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Paranaense-Unipar, Umuarama, 2003, p. 116.

²⁷⁰ PEDROSA, Ronaldo Leite. **O interrogatório criminal como instrumento de acesso à justiça penal: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁷¹ MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul** - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 36.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 304.

vância de algo de maior significado substancial, que é o *contraditório processual*.²⁷³

Assim, o acesso à justiça é o fim último da soma dos principais princípios processuais: contraditório; devido processo legal; juiz natural e igualdade das partes. Nenhum destes tem, por si só, valor próprio. “Falar da efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.”²⁷⁴ Lembra o professor da Universidade de São Paulo que “uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à *ordem jurídica justa*.”²⁷⁵ Nessa linha, Daniella Annoni ressalta que os demais princípios só são reconhecidos pelo Poder Judiciário por meio do acesso à justiça, fazendo dele “o principal dos direitos do ser humano a ser efetivamente assegurado”²⁷⁶.

Portanto, a correta interpretação do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988²⁷⁷, faz estender o conceito de “acesso à justiça” não apenas ao direito de ação, mas também ao de defesa e a todas as fases do processo. Mais que isso, a um processo democrático que vise, em seu todo, e em todos os seus atos, a pacificação social.

Luigi Ferrajoli adverte que a submissão à jurisdição não deve ser apenas formal, mas efetivada pela garantia à justa acusação, à prova e à defesa. Em suas palavras:

Essas três teses – “nulla poena”, “nullum crimen”, “nulla culpa sine iudicio” – exprimem no seu conjunto aquilo que chamei “princípio de *submissão à jurisdição em sentido lato*”. Não exprimem, no entanto, os procedimentos e as garantias de que depende o caráter cognitivo ou declarativo do juízo, e que são expressas pelo “princípio de *submissão à jurisdição em sentido estrito*”, formado, como disse, pelo conjunto das três teses “nullum

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 304-305, (grifos do autor).

²⁷⁴ Ibid., p. 306.

²⁷⁵ Ibid., p. 306, (grifos do autor).

²⁷⁶ ANNONI, Danielle. Acesso à justiça e direitos humanos: a emenda constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 2, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>, Acesso em 10.jun.2008.

²⁷⁷ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

iudicium sine accusatione”, “sine probatione” e “sine defensione”. Enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo, ainda que nela não esteja pressuposta.²⁷⁸

Até a entrada em vigor das Leis 11.689/08 e 11.719/08, que situaram o interrogatório ao final da instrução, seja no processo comum, seja no do Tribunal do Júri, o interrogatório figurava como verdadeira “porta de entrada” do cidadão à jurisdição criminal. De fato, o ato era o primeiro contato do réu com o magistrado e a primeira oportunidade real de defesa e contraditório.

Não obstante a reforma, o conjunto de normas processuais penais atuais, e por vir, ainda exige do intérprete a exegese do sistema sob a luz do interrogatório como direito fundamental. Direito previsto na Constituição Federal de 1988, em tratados internacionais de direitos humanos e expoente máximo do princípio do acesso à justiça na seara criminal.

Nessa perspectiva, apresentam-se três exemplos da aplicabilidade prática desta atividade exegética que, de longe, não esgotam as possibilidades, mas abarcam vértices distintos da oitiva do acusado. São a interpretação analógica, a real compreensão do conteúdo do ato e a conscientização de uma política de não-retrocesso do processo democrático.

3.4.1 Interpretação como Instrumento para Assegurar a Harmonia do Sistema

Com a aprovação da reforma do Código de Processo Penal se deu um importante passo em direção ao processo penal democrático. Entretanto, a falta de método do parlamento brasileiro acarreta sérias implicações no direito pátrio. Exemplo disto foi a aprovação e publicação dos Projetos de Lei nº 4.203/01 (procedimento do Júri) e nº 4.207/01 (procedimento comum) em dias distintos. O Projeto de Lei nº 4.203/01 foi aprovado pela Câmara de Deputados em última votação em 14 de maio de 2008. Enviado à Presidência da República, foi sancionado em 09 de ju-

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 433, (grifos do autor).

nho de 2008 e publicado no Diário Oficial da União no dia 10 do mesmo mês. Já o Projeto de Lei nº 4.207/01 foi aprovado na Câmara dos Deputados em 29 de maio de 2008, sancionado em 20 de junho de 2008 e publicado no dia 23 do mesmo mês.

Em ambos os casos o texto prevê que a lei entrará em vigor sessenta dias após sua publicação.

Nesse contexto, o procedimento do Tribunal do Júri entrará em vigor 13 dias antes do procedimento comum. Outrossim, como o procedimento comum se estenderá aos crimes regulados em leis especiais, como o tráfico de drogas, estes dispositivos, na parte processual, teriam uma sobrevida em relação ao novo sistema já vigente no julgamento em plenário popular.

A discrepância do momento do interrogatório, antes ou ao final da instrução, já existente entre delitos de menor potencial ofensivo e comuns desde 1995, agora se instala no interior do próprio Código de Processo Penal.

Essa situação é, já pelo senso comum, ilógica e atentatória à harmonia do sistema. Sob uma visão mais técnica, além de afrontar regras constitucionais, tratados internacionais ratificados pelo Brasil e os princípios gerais do direito, dificulta a prestação jurisdicional.

Uma visão crítica não pode se manter inerte diante de tamanha incoerência. A atividade legislativa é extremamente instável e sujeita a conjunturas sociais e políticas nem sempre comprometidas com a verdadeira natureza do ato.

Por isso, cabe ao intérprete depurar essas influências impertinentes e disponibilizar ao cidadão um interrogatório coerente com um processo democrático. Sua omissão política, ou seja, a aplicação descomprometida de institutos revogados pela nova ordem constitucional, configura verdadeiro “instrumento de mutação constitucional”²⁷⁹. Instrumento porque faz distanciar, na prática e na pele das vítimas, a ideologia constitucional na pragmática forense. Mutações constitucionais, pois a Constituição Federal se torna letra morta e o que é levado ao cidadão é um conjunto de normas com mera aparência de legitimidade política.

Para tanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.689/08, o procedimento comum do Código de Processo Penal e da lei de drogas, Lei nº 11.343/06, deverá ser aplicado contemplando-se o interrogatório ao final da instrução. Em ou-

²⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 39.

tros termos, o procedimento deverá receber uma leitura constitucional e democrática mesmo antes da vigência da Lei nº 11.719/08.

Tal operação gnosiológica não é utópica ou alheia às próprias regras do processo penal. Basta cotejar as novas leis sob a luz das regras de interpretação previstas no artigo 3º do Código de Processo Penal. Diz o código que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.”

Em princípio, não cabe analogia, pois o Código de Processo Penal, enquanto vigorar sua redação original, contempla expressamente a matéria, embora de maneira diversa daquela que o faz para o Tribunal do Júri. Também assim a lei de drogas.

Contudo, ao se fazer uma filtragem constitucional²⁸⁰ verifica-se a revogação do rito comum do Código de Processo Penal e da lei 11.343/06²⁸¹ na parte que prevê a oitiva do acusado ao início da instrução. Como observado no item 1.6 deste trabalho, a Constituição Federal de 1988 operou verdadeira revogação ideológica do Código de Processo Penal. Passou-se do paradigma estatal para o antropocêntrico. Assim, firmaram-se princípios processuais, item 1.5, que tornaram a oitiva do acusado ao final da instrução uma providência inerente ao contraditório, ao processo democrático.

Havendo discrepância entre uma regra processual infraconstitucional e um princípio constitucional, fundamental, a primeira é inválida. Em outros termos, operou-se verdadeira revogação constitucional da fórmula prevista no Código de Processo Penal e na Lei nº 11.343/06.

Criado o vácuo legislativo, ausência de regra infraconstitucional, cabe o emprego da analogia para colmatar a lacuna. Segundo Carlos Maximiliano,

Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na *vontade* presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas

²⁸⁰ Entendido como um contínuo processo de releitura das normas editadas antes e depois da Constituição Federal, sob o aspecto axiológico. Sobre o tema, veja-se SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, *passim*.

²⁸¹ Observe-se que, segundo a doutrina constitucional, em relação ao Código de Processo Penal, vigente ao tempo da Constituição Federal de 1988, operou-se derrogação. Em relação à lei 11.343/06, publicada já sob a luz da nova Carta, há inconstitucionalidade.

semelhantes; neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico de Aplicação do Direito.²⁸²

A regra de paradigma é o artigo nº 474 do Código de Processo Penal, que prevê a oitiva do acusado após a instrução. Tal regra é estendida, aplicada, aos delitos não submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, hipótese semelhante.

Desse modo, no período de diferença da *vacatio legis* das Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08 respeita-se a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e, mais que um plano normativo, facilita aos operadores do foro a conscientização e implementação de um padrão de trabalho.

Na mesma linha de raciocínio, há que se operar a filtragem constitucional e aplicar as regras do interrogatório, conforme previstas na nova reforma do Código de Processo Penal, ao processo penal militar. Como visto no tópico anterior, o código castrense contempla institutos absolutamente incompatíveis com a Constituição Federal de 1988. O artigo 305 prevê a possibilidade de interpretação desfavorável do silêncio, o que, como analisado no item 1.5.5. configura verdadeira infirmação de tal garantia constitucional²⁸³. O artigo 303 proíbe a participação de qualquer dos sujeitos processuais, Ministério Público ou defesa, no ato. Ainda, o artigo 302 fixa o momento do ato como anterior à instrução processual.

Não obstante o Código de Processo Penal Militar tenha aplicação a um ramo específico da sociedade, não pode se esquivar da hierarquia superior da Constituição Federal. Os acusados de cometer delitos militares não são menos humanos que aqueles de infringir as leis civis. As garantias do interrogatório, como direito fundamental, aplicam-se indistintamente a todos os seres humanos. Por fim, a harmonia do sistema processual impede que haja tamanha discrepância entre o processo previsto para julgamento de crimes comuns e militares.

Por tudo isto, há que se concluir que os artigos 302, 303 e 305 do Código de Processo Penal Militar foram revogados pela Constituição Federal de 1988. Em seus lugares, devem ser aplicadas as regras previstas pela lei 11.719/08, que representam melhor sintonia com o Estado Democrático de Direito organizado pela Constituição Federal e tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

²⁸² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 171.

²⁸³ Já que a imputação de uma situação jurídica desfavorável força o acusado a falar.

3.4.2 Interrogatório como Momento para Colheita de Elementos Culturais

No que diz respeito ao conteúdo do ato, é importantíssimo lembrar que o interrogatório pode ser o momento mais apropriado para se extrair os elementos culturais e sociais que envolvem o acusado e porventura a própria vítima e que, não raramente, são os fatores que desencadearam o delito, ou, permitem esclarecer se realmente ocorreu a infração, sob um ponto de vista da ofensa ao bem jurídico e da teoria finalista da ação, e, mesmo fixada a antijuridicidade, ainda têm importante papel na fixação da culpabilidade.

A noção de fundamentalidade do interrogatório permite a transposição ao processo da cultura e valores sociais do acusado e, eventualmente, da própria vítima direta. O processo não pode ser tratado como uma instância imune à realidade. Ao contrário, “[...]deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.”²⁸⁴ Para tanto, a primeira atitude do intérprete deve ser o rompimento com “as velhas posturas introspectivas do sistema”²⁸⁵ e abrir os olhos para a realidade que floresce além das portas das salas de audiência.

No artigo 187 do Código de Processo Penal, redação dada pela Lei nº 10.792/03, previu-se que na primeira parte do ato o juiz indagará o acusado em duas fases, sendo a que a primeira abordaria aspectos inerentes à sua pessoa:

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

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

²⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 270.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 271.

Nesta parte, o Projeto de Lei nº 4.204/01²⁸⁶ repete os termos da lei vigente.

Veja-se que a conotação das perguntas previstas no Código é essencialmente sócioeconômica. O aspecto cultural foi relegado.

O contexto cultural em que vive o acusado é essencial para determinar a própria ocorrência do crime, a existência, ou não, de excludentes da antijuridicidade e mesmo a individualização da pena.

Nicola Abbagnano explica que o termo “cultura” tem dois significados:

No primeiro e mais antigo, significa a *formação* do homem, sua melhoria e seu refinamento. F. Bacon considerava a C. nesse sentido como “a geórgia do espírito” (*De augm. Scient*, VII, 1), esclarecendo assim a origem metafórica desse termo. No segundo significado, indica o produto dessa formação, ou seja, o conjunto dos modos de viver e de pensar cultivados, civilizados, polidos, que também costumam ser indicados pelo nome de *civilização* (v.). A passagem do primeiro para o segundo significado ocorreu no séc. XVIII por obra da filosofia iluminista, o que se nota bem neste trecho de Kant: “Num ser racional, cultura é a capacidade de escolher seus fins em geral (e portanto de ser livre). Por isso, só a C. pode ser o fim último que a natureza tem condições de apresentar ao gênero humano” (*Crít. do Juízo*, § 83).[...]²⁸⁷

Essa noção é distinta da de “social”, ligada ao termo “sociedade”, também conceituados por Abbagnano, respectivamente como:

Social [...] Que pertence à sociedade ou tem em vista suas estruturas ou condições.

Sociedade [...] No sentido geral e fundamental: 1º campo de relações intersubjetivas, ou seja, das relações humanas de comunicação, portanto também: 2º a totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem essas relações; 3º um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada.²⁸⁸

²⁸⁶ Ainda em trâmite na Câmara dos Deputados até a finalização deste trabalho, em 23 de junho de 2008.

²⁸⁷ ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 225.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 912, (grifos do autor).

Desses conceitos superficiais já se pode concluir que o intelecto do homem, sua formação de conhecimentos, crenças e perspectivas de agir são ligados à cultura e não à sociedade. Esta última constitui a estrutura de inter-relacionamento humano e sofre, naturalmente, influência da cultura que permeia seus integrantes.

Os dados culturais são de extrema relevância a julgamento da causa, pois, em um Estado que adota a teoria finalista da ação no direito criminal, a formação intelectual do agente é o que determina seu dolo e, conseqüentemente, o próprio tipo.

Para citar um exemplo prático desta perspectiva, basta pensar na questão indígena.

A imputabilidade penal dos índios ainda é questão de extremo debate, mas o ponto fundamental neste trabalho está previsto no artigo 9.2 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ratificada pelo Brasil²⁸⁹, que preceitua: “as autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.” Também nesse sentido, a norma geral prevista no artigo 8.1 do mesmo tratado internacional: “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

Está ultrapassado o paradigma integracionista²⁹⁰ que orientou a formulação do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73²⁹¹. A Constituição Federal instituiu novo paradigma, o interacionista. O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 assegura o direito à diferença e à preservação da cultura tradicional dos povos indígenas.

O reconhecimento da diversidade étnica e cultural do Brasil, estampado no artigo 231 da Constituição impõe respeito aos valores determinadores do comportamento do grupo minoritário. Os índios não possuem desenvolvimento mental completo ou retardado, na verdade, por vezes, seus valores, sua própria forma de viver e de conduzir suas ações diferem dos padrões admitidos como corretos pela sociedade envolvente.

²⁸⁹ Decreto nº. 5.041, de 19.04.2004

²⁹⁰ BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2004, p. 104.

²⁹¹ Artigo 1º Esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a cultura e **integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.** (grifo nosso)

Nesse contexto, além da perícia antropológica, o interrogatório é instrumento importantíssimo para o magistrado, fundado no princípio da imediação, tomar contato com a cultura do acusado indígena.

Desse momento de verdadeiro aprendizado pelo juiz, pode emergir um panorama completamente distinto daquele que se apresentava pela letra fria da lei.

Há um sem-número de possibilidades a tal sinergia. Desde um conhecimento mais profundo sobre questões de altíssima complexidade, como a ocorrência, ou não, do crime de infanticídio e homicídio de crianças em tribos²⁹², até a imputação de constrangimento ilegal, artigo 146 do Código Penal, ou cárcere privado, artigo 148 do Código Penal, a um cacique kaingang que viu sua autoridade desrespeitada por membro da tribo que se recusara a casar com o parceiro indicado pelo chefe tribal.

Essas hipóteses se dirigem, na doutrina penal, tanto ao tipo como à culpabilidade.

Exemplo de exclusão da tipicidade é o caso de infanticídios nas aldeias Yanomami. A mulher, ao tempo do parto, se retira da comunidade e, sozinha, vai à selva fazer o trabalho de parto. De cócoras, deixa o filho cair na mata. Neste momento, toma uma de duas atitudes: ou abandona o filho na selva, ou lhe acolhe nos braços e amamenta. Na primeira hipótese, sob a ótica da cultura envolvente, cometeu-se o crime de infanticídio, artigo 123 do Código Penal²⁹³.

Entretanto, reza a cultura dessa etnia que a vida não começa com a fecundação ou nascimento, mas quando a mãe aceita o recém-nascido e lhe alimenta com o leite de seus seios. Somente neste momento a criança passa a ser considerada pessoa, parte do grupo²⁹⁴.

Nesse contexto cultural, diverso daquele da sociedade envolvente, o elemento subjetivo do tipo é severamente afetado pela concepção da vida. Só há

²⁹² Entre os Yanomami se sacrificam crianças com o fim de estabelecer o equilíbrio entre os sexos. Nos Kaiabi, o nascimento de gêmeos implica a morte do segundo a nascer. Se a gravidez gemelar se dá entre os Kamaiurás, ambos são sacrificados, por representar maldição. Para os Suruwahás as crianças portadoras de deficiência são sacrificadas. Conf. : LIDÓRIO, Ronaldo. **Mundo guarani**. Disponível em: <<http://mguarani.blogspot.com/2007/10/matria-da-revista-veja-sobre.html>>, Acesso em 07 ago. 2008; e COUTINHO, Leonardo. Crimes na floresta. **Revista Veja**. Edição 2021, 15 ago. de 2007. Disponível em <http://veja.abril.com.br/150807/p_104.shtml> , acesso em 07 jul. 2008.

²⁹³ “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após.”

²⁹⁴ Sobre a cultura Yanomami, Conf. LAZZARETTI, Laurindo. **P. laurindo e os yanomami**. Disponível em: <<http://www.acercandoelmundo.com/contenidostemas/contenidos.asp?id=324>>, Acesso em 28.04.2008.

morte, conseqüência do verbo matar, se antes houver vida. Como, para os Yanomami, a vida não havia iniciado ao tempo abandono da criança, não se cometeu crime algum.

Em relação à culpabilidade, especificamente o erro de proibição, pense-se na hipótese do cacique Caiapó Raoni, que possui projeção internacional e freqüentemente se desloca por todo o mundo na defesa dos direitos indígenas. Em uma viagem de avião o índio acende seu cachimbo em pleno vôo, durante uma forte turbulência. Para a sociedade envolvente, cometeu-se o crime de “expor a perigo embarcação ou aeronave”, artigo 261 do Código Penal. Para o cacique, todavia, a intenção era diversa, pois acreditava piamente que a fumaça espantaria os maus espíritos que assombravam a aeronave.

As hipóteses aqui trazidas, desde fatos mais banais até a questão do direito à vida, servem de reflexão ao operador do direito sobre o grau de ingerência que a sociedade envolvente terá sobre as comunidades tradicionais. O que não se pode negar é que, em um sistema penal que adota a teoria finalista da ação, o elemento cultural deverá integrar a análise do dolo e da culpabilidade e poderá desconstituir o fato como crime, ou isentar o réu de pena.

Os direitos fundamentais, dentre eles o à vida, devem ser tutelados mesmo nas sociedades tradicionais, seja pelos próprios membros, seja pela comunidade internacional. Entretanto, tal tutela não pode se operar pela via do direito penal, que não tem o condão de interferir na cultura e deve ser resguardado como *ultima ratio* do sistema.

O interrogatório, como direito fundamental e instrumento de acesso à justiça, acaba figurando como oportunidade para o índio acusado apresentar ao juiz sua versão cultural sobre os fatos. Por isso, a abordagem do tema deve ser além de permitida, incentivada pelo juiz, Ministério Público e defesa.

3.4.3 A Cláusula de Não-Retrocesso

Sob um outro vértice, a visão democrática do interrogatório implica em uma cláusula de não-retrocesso. Como é um direito fundamental, a evolução humanística do interrogatório tem *status* de cláusula pétrea constitucional. Cândido

Furtado Maia Neto define essa condição ressaltando duas características, a imutabilidade e a auto-aplicabilidade:

[...]significa artigo ou disposição legal que deve ser cumprida obrigatoriamente, que não permite renúncia ou inaplicabilidade, por estar petrificada, dura, imóvel, por ser inquebrável e intocável. É lei ou norma que se cumpre sem qualquer discussão quanto à sua interpretação de viabilidade – fática ou de direito -, por ser e estar taxativamente blindada na ordem constitucional, não se modifica, não se revoga ou não se reforma, é portanto, superior hierarquicamente falando, quanto à validade e soberania legal, faz parte da base e do sistema jurídico adotado e assegurado.

[...]

Historicamente, a respeito das cláusulas pétreas nas Cartas Magnas brasileira, pode-se afirmar que na Constituição do Império (artigo 178), estava expresso: "é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias." Nenhuma outra Constituição pátria faz menção à cláusulas pétreas referente aos direitos individuais do cidadão. Nas Cartas Magnas de 1891, 1934, 1967 e 1969, a cláusula pétrea é a forma republicana federativa. E as Constituições de 1937 e 1946, não expressam qualquer ressalva ao poder de reforma.[...] ²⁹⁵

Significa que nem o legislador ordinário, nem o aplicador do direito, tampouco o constituinte derivado podem reverter a marcha histórica e restabelecer resquícios inquisitórios já banidos. As garantias também não podem ser alteradas conforme a pessoa, pois "a blindagem não é pessoal, é de ordem penal e processual como direito fundamental indisponível da cidadania. Não se blindam pessoas, mas as suas garantias individuais."²⁹⁶

Não é desmedido dizer que nem mesmo o constituinte originário poderia reverter o caráter democrático do interrogatório. É que o Estado Brasileiro está atrelado a diversos tratados internacionais de direitos humanos que imunizam o sistema constitucional interno. Seria necessário o Brasil denunciar todos os tratados já ratificados e assumir o risco de viver em isolamento mundial.

²⁹⁵ MAIA NETO, Cândido Furtado. Cláusula pétrea e direitos humanos: verdades, conceitos e definições à luz da constituição federal brasileira. **Universo Jurídico**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=4955>>, Acesso em 28 de abril de 2008.

²⁹⁶ MAIA NETO, Cândido Furtado. Cláusula pétrea e direitos humanos: verdades, conceitos e definições à luz da constituição federal brasileira. **Universo Jurídico**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=4955>>, Acesso em 28 de abril de 2008.

Hipótese prática da aplicação do *status* pético do interrogatório é a possibilidade de retomar a redação original do artigo 366 do Código de Processo Penal²⁹⁷, e possibilitar o seguimento do processo de réu revel citado por edital. Outra possibilidade seria a tentativa de relocar o interrogatório como ato prévio à oitiva das testemunhas.

Com a reforma do artigo 394, § 2º e 3º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pelo Projeto de lei 4.207/01, todos os procedimentos submetidos a julgamento em primeiro grau devem seguir o novo rito, independente de a matéria ser tratada em lei especial:

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

[...]

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

A reforma previu que, salvo disposição expressa em contrário, o rito comum do Código de Processo Penal será aplicável a todos os processos. Nesta disposição indubitavelmente se insere, a título de exemplo, o rito previsto para processamento dos crimes de tráfico de drogas, Lei nº 11.343/06. Registre-se os significativos avanços desta lei²⁹⁸ em relação ao Código de Processo Penal, ao prever defesa prévia e escrita ao recebimento da denúncia, artigo 55. Nesta oportunidade é permitido ao juiz ouvir o denunciado, caso esteja preso²⁹⁹. Não se contemplou expressamente, todavia, a apresentação do denunciado solto. No que se refere ao momento do interrogatório, já recebida a denúncia, manteve o ato antes da oitiva das testemunhas.

Com a entrada em vigor da reforma, o interrogatório nos crimes de tráfico de drogas ou assemelhados também deverá ser realizado após a oitiva das testemunhas.

²⁹⁷ Antes da vigência da Lei nº 9271/96.

²⁹⁸ Na realidade, o primeiro rompimento com a sistemática do Código de Processo Penal veio com a lei 10.409/02, antecessora da atual no que se refere ao rito processual, que já previa defesa preliminar o recebimento da denúncia e, diferente da atual, um interrogatório nesta fase preambular.

²⁹⁹ É o que se extrai do termo “determinará a apresentação do preso”, artigo 55, § 5º.

Entretanto, é importante precaver que, mesmo após a entrada em vigor da reforma, é possível a edição de lei especial, até mesmo que trate do tráfico de drogas, que preveja a oitiva do acusado antes das testemunhas e expressamente afaste a incidência do rito comum do Código de Processo Penal, nova redação. Na tradição legislativa brasileira, os crimes conceituados como hediondos foram o alvo da instabilidade legislativa. Mesmo em relação a esses crimes, não pode haver retrocesso. O processo democrático não gira em torno da espécie de delito, mas do fato cometido por um ser humano.

Tal disposição seria inconstitucional, já que a Constituição Federal de 1988 operou verdadeira revogação ideológica do Código de Processo Penal, e o carácter democrático vigente preceitua que a oitiva pessoal do acusado deve se dar após o encerramento da instrução, para que ele tenha real noção do que lhe pesa contra e a favor.

A atividade legislativa é extremamente instável e sujeita a conjunturas sociais e políticas nem sempre comprometidas com a verdadeira natureza do ato. Por isso, cabe ao intérprete depurar essas influências impertinentes e disponibilizar ao cidadão um interrogatório coerente com um processo democrático.

Portanto, não obstante os discursos, a pressão da mídia ou os interesses de operadores do direito, a marcha do interrogatório no sentido de fixar-se como expoente do acesso à justiça penal e ponto culminante do processo democrático não pode retroceder.

CONCLUSÃO

O processo penal é o ramo que maior influência exerce sobre o ser humano e sua vida social. A adoção de um determinado sistema processual decorre diretamente do modelo de Estado. Um processo acusatório é tão absurdo aos olhos absolutistas quanto um inquisitório aos garantistas. Por isso, o direito processual não se moldou de forma uniforme em todos os Estados, nem sua evolução histórica foi linear. A história do processo penal é uma contínua alternância dos sistemas acusatório e inquisitório, sem que se possa defender a vigência em sua plenitude de nenhum deles.

O sistema processual inquisitivo surgiu como modelo de solução às deficiências do sistema acusatório privado que vigorava nas sociedades mais rudimentares. Sua base era o compromisso do Estado em garantir a efetiva punição das condutas delituosas, tanto assim que foi adotado pela Igreja e pelos Estados, com apoio da população, justamente por se mostrar um modelo garantidor desigualdades políticas e econômicas.

Sua expansão decorreu da estruturação do Estado e incremento do poder central de governo. Reforçou-se a idéia de Estado e diminuiu-se bruscamente a noção de indivíduo. O investigado passa a ser considerado mero objeto de investigação.

O sistema inquisitório, em sua plenitude, sucumbiu ao trunfo político do iluminismo, representado na Revolução Francesa, ao final do século XVIII, cedendo às necessidades de revalorização do ser humano e relativização do poder estatal.

As principais características do sistema inquisitório são 1) a confissão como principal prova; 2) a admissão da tortura como meio de prova; 3) o rei é o depositário de toda a jurisdição penal; 4) unificação das funções investigatória, acusatória e julgadora em uma só pessoa.

O sistema acusatório decorre da própria intuição humana. A vítima traz à sociedade a delação de seu ofensor, clamando por justiça.

Deve-se distinguir sistema acusatório de princípio acusatório. Por sistema acusatório se compreende normas e princípios fundamentais, ordenada-

mente dispostos e orientados a partir do principal princípio, qual seja, aquele do qual herda o nome: acusatório.

O sistema acusatório implica um processo de partes, constituídas, paradigma estático, e relacionadas, paradigma dinâmico, de maneira democrática. Por isso, o processo acusatório é um sistema democrático de administração da justiça penal.

O acusado é considerado um sujeito de direitos e colocado em posição de igualdade com o acusador. Acusação e defesa sustentam uma solução contraditória da solução de conflitos, apresentando propostas de sentença.

A adoção dos referenciais históricos para determinar um sistema como acusatório ou inquisitório pode ser imprecisa. Não há sistemas processuais nem puros, nem mistos. Sempre haverá elementos de um modelo histórico permeando o outro. Se tais elementos acidentais contaminam a unidade interna de tal maneira a desfigurá-lo como sistema, opera-se verdadeira mutação de um modelo para outro.

Se a civilização moderna busca valorizar a dignidade da pessoa humana e a adoção do processo como garantia, o direito processual deve se voltar ao aperfeiçoamento do sistema acusatório, extirpando gradualmente as influências inquisitivas que ainda o permeiam.

Para que se possa conhecer o processo penal brasileiro é preciso identificar os princípios que o ordenam.

O princípio do devido processo legal acaba por efetivar um controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes. É preciso que o processo se desenvolva com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, o uso dos meios de prova, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição.

O contraditório assenta-se num ideal de justiça a determinar o tratamento paritário das partes, a fim que haja o mais perfeito equilíbrio entre as suas respectivas atividades processuais. É o depositário do Estado Democrático de Direito no processo.

O princípio do juiz natural tem um triplo significado: a) em função da fonte, só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) em referência ao tempo, há que se ter a previsão do juiz e da respectiva competência já ao tempo em que

foi praticado o fato criminoso que será objeto do processo e c) uma ordem taxativa de competência exclui qualquer alternativa para jurisdições de exceção.

A publicidade é fruto do direito moderno que se assenta em premissas de ordem democrática.

A presunção de inocência apresenta três significados distintos: um no campo probatório, outro como regra de tratamento do acusado, e, por último, como regra de garantia.

O direito a silêncio é inerente ao sistema acusatório e incompatível com o inquisitório. Deve ser compreendido como um direito à opção e, para tanto, cabe ao juiz lembrar ao arguido, antes de iniciar o interrogatório, de tal possibilidade. A efetivação da garantia demanda a distinção entre defesa técnica e autodefesa, e o asseguramento ao acusado de uma defesa profissional efetiva e competente.

A Constituição Federal de 1988 operou revogação ideológica do Código de Processo Penal. Enquanto a Carta política é fundamentada em anseios de democracia e dignidade da pessoa humana, o código nasceu de um governo totalitário e contemplou a supremacia do Estado sobre o cidadão.

Ao se estipular direitos catalogados como fundamentais e amparados pelas chamadas cláusulas pétreas e outros que não o estão, se faz um verdadeiro juízo de valor comparativo. Os direitos fundamentais são prerrogativas genéricas, exercitáveis por todos os cidadãos. As garantias fundamentais representam a instrumentalidade de tais direitos.

Os direitos fundamentais apresentam como caracteres: a universalidade; o caráter absoluto; a natureza evolutiva; a vinculação de tais direitos aos poderes públicos e a terceiros.

A evolução histórica dos direitos fundamentais está estritamente vinculada aos conceitos de Estado e de Constituição. A partir do século XVIII houve uma inversão de perspectiva na relação Estado-indivíduo: os direitos fundamentais não são mais concessões do Rei, mas sim direitos inatos do homem, partindo-se de uma concepção individualista. Para o desenvolvimento do indivíduo, era necessário proteger a sua liberdade ante o Estado. A proteção do direito de liberdade, porém, não se revelou suficiente para ser efetivamente atingida uma liberdade do indivíduo, o que fez surgir os direitos sociais, que buscaram alcançar uma igualdade material. Com a Segunda Guerra Mundial, ficou constatado que os direitos fundamentais

deveriam ser protegidos em nível universal, não sendo suficiente a sua proteção doméstica. No mundo contemporâneo, o valor da dignidade humana passou a ser o norte principal na teoria dos direitos fundamentais.

A persecução penal pode ser eficiente, mesmo respeitando a dignidade da pessoa humana. A função do Estado, responsável pela prevenção e repressão da criminalidade, historicamente teve como foco a conduta socialmente prejudicial. Todo o delito intrinsecamente gera um dano social. O sistema penal atua como uma resposta – repressiva, preventiva geral e preventiva especial – em relação ao agente causador do dano. Todavia o enfoque na conduta criminosa fez o Estado não visualizar o custo social de sua própria atuação, na medida em que a prevenção e repressão à criminalidade também geram um impacto social negativo.

Faz-se imprescindível o amadurecimento da noção econômica de eficiência na seara penal. A eficiência implica a atuação do Estado e da própria comunidade em prol da preservação da dignidade da pessoa humana, incluindo-se aí tanto o criminoso quanto as vítimas – reais ou potenciais. O primeiro paradigma para o aperfeiçoamento da eficiência do sistema penal é assegurar que sua atuação não será socialmente mais lesiva que o próprio delito. O segundo é a legitimação de toda atuação do sistema penal.

Se a dignidade humana gradativamente ganhou importância no Estado, o interrogatório, como principal momento de participação do homem no processo penal, instrumento de realização dos fins políticos, não poderia destoar e ficar isolado do processo civilizatório.

Sugere-se como conceito: interrogatório processual penal é o ato judicial destinado à oitiva do acusado perante os demais sujeitos processuais em um determinado caso penal. Considera-se como "demais sujeitos processuais" o Ministério Público; o julgador e a vítima. A expressão "destinado à oitiva" contempla a possibilidade do direito ao silêncio.

O primeiro desafio ao operador do direito é reconhecer ao interrogatório seu *status* de direito fundamental. Tal condição advém da fixação do sistema processual penal brasileiro, lido à luz da Constituição Federal de 1988, como um modelo de matriz acusatória, democrático, e que tem por fim social a garantia da dignidade da pessoa humana.

O interrogatório é direito fundamental, não apenas como ato indispensável ao processo. É direito inerente ao ser humano e à própria civilização, iden-

tificando-se assim com as três gerações de direitos propostas por Paulo Bonavides. É liberdade individual, direito social e ideal de justiça universal.

A Constituição Federal de 1988 operou verdadeira revogação ideológica do Código de Processo Penal, restando aos operadores aplicar as regras nele previstas apenas quando em consonância com os princípios constitucionais.

Em um Estado Democrático de Direito o acusado é sujeito do processo e o interrogatório figura como instrumento de acesso à justiça. O acesso à justiça é o fim último da soma dos principais princípios processuais: contraditório; devido processo legal; juiz natural e igualdade das partes.

Mesmo com a remodelação, parcial, do Código de Processo Penal, a adoção do interrogatório como direito fundamental tem amplo campo de aplicabilidade.

Primeiro, a dissonância do tempo de entrada em vigor das Leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08 deve ser interpretada como contrária à Constituição Federal. Assim, todo o sistema processual penal deve contemplar a oitiva do acusado ao final da instrução com a vigência da Lei nº 11.689/08.

Os artigos 302, 303 e 305 do Código de Processo Penal Militar foram revogados pela Constituição Federal de 1988. Deve-se adotar como rito procedimental para o ato, na justiça especializada, o modelo instituído pela Lei nº 11.719/08.

A conotação das perguntas previstas no Código de Processo Penal é essencialmente sócio-econômica. O aspecto cultural foi relegado. Os dados culturais são de extrema relevância ao julgamento da causa, pois, em um Estado que adota a teoria finalista da ação no direito criminal, a formação intelectual do agente é o que determina seu dolo e, conseqüentemente, o próprio tipo.

A cláusula de não-retrocesso é marca do processo civilizatório. Como é um direito fundamental, a evolução humanística do interrogatório tem *status* de cláusula pétrea constitucional. Significa que nem o legislador ordinário, nem o aplicador do direito, tampouco o constituinte derivado, podem reverter a marcha histórica e restabelecer resquícios inquisitórios já banidos. Por isto, não é válido retornar a redação original do artigo 366 do Código de Processo Penal e possibilitar o seguimento do processo de réu revel citado por edital; nem a tentativa de o relocar como ato prévio à oitiva das testemunhas.

O processo penal sempre foi muito dependente da confissão. As falhas estruturais do sistema fizeram com que os operadores do direito buscassem a solução mais cômoda: o próprio acusado assumiria a resolução probatória do caso com a confissão. Não é adoção de um processo autoritário que imprime eficiência à persecução penal. É a estrutura das agências de investigação. No Brasil, sempre se manteve os resquícios inquisitórios como desculpa para encobrir as deficiências das instituições incumbidas da investigação: polícia judiciária e Ministério Público.

A eficiência depende mais da melhora da polícia científica e do setor de inteligência do Ministério Público que da confissão do réu.

Finalmente, não obstante os discursos, a pressão da mídia ou os interesses de operadores do direito, a marcha do interrogatório no sentido de fixar-se como expoente do acesso à justiça penal, e ponto culminante do processo democrático, não pode retroceder.

REFERÊNCIAS

ABAGGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALMEIDA, José Raul Gavião. Do julgamento antecipado da lide penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 12, p. 124-129, 1995.

ANNONI, Danielle. Acesso à justiça e direitos humanos: a emenda constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 2, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>>, Acesso em 10.jun.2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4ª ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tri-

bunais, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14^a Tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. 2^a ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5^a ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6.ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 199570. Parte Liti-gante Antonio Lourenço da Silva e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, Relator Marco Aurélio, 16 dez. 1997. **Diário da Justiça da República Federati-va do Brasil**. Brasília, n. 56. p. 17, mar. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5^a ed., Coimbra: Alme-dina, 1992.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 14a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista do IAP**, nº 28, 1999

COUTINHO, Leonardo. Crimes na floresta. **Revista Veja**. Edição 2021, 15 ago. de 2007. Disponível em <http://veja.abril.com.br/150807/p_104.shtml> , acesso em 07 jul. 2008.

DEU, Tereza Armenta. **Principio Acusatório y Derecho Penal**. Barcelona: J M Bosch, 1995

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol 1. Coimbra: Coimbra Edi-tora, 1974.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 687.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Procedimento no processo penal.** 2004. 413 f. Tese (concurso para o cargo de professor titular de direito processual da faculdade de direito) USP, São Paulo, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal:** as interceptações telefônicas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **A reforma do processo penal–II.** Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br>>, Acesso em 15.01.2001.

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

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.** Curitiba: Juruá, 2002

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAZZARETTI, Laurindo. **P. laurindo e os yanomami**. Disponível em: <<http://www.acercandoelmundo.com/contenidostemas/contenidos.asp?id=324>>, Acesso em 28.04.2008.

LIDÓRIO, Ronaldo. **Mundo guarani**. Disponível em: <<http://mguarani.blogspot.com/2007/10/matria-da-revista-veja-sobre.html>>, Acesso em 07 ago. 2008.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direito constitucional penal do mercosul - direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada**. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **O promotor de justiça e os direitos humanos - acusação com racionalidade e legalidade por um ministério público democrático**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Cândido Furtado. Cláusula pétrea e direitos humanos: verdades, conceitos e definições à luz da constituição federal brasileira. **Universo Jurídico**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=4955>>, Acesso em 28 de abril de 2008.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I, 2ª ed., 3ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004

_____. **Derecho procesal penal**. Tomo II, 1ª ed., 1ª reimpressão, Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

_____. Do processo penal acusatório. *In* **Estudos de direito processual penal**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais – conceito, funções e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de Mello. **Constituição federal anotada**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 4.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

MURARO, Rose Marie. Breve introdução histórica. *In* KRAMER, Heinrich. SPENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 17ª ed. Rio de Janeiro:2004, p. 5-17.

NERY JÚNIOR. **Princípios constitucionais do processo civil na constituição federal**. 6a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens lusas à escola crítica do processo. 2001. 326 f. Tese (pós-doutorado em direito) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **O interrogatório criminal como instrumento de acesso à justiça penal**: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal, evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Oficinas Alba Gráficas, 1942.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Editora Globo, 1942.

ROXIN, Claus. **Derecho processal penal**. 25ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Coleção de estudos de direito penal. Vol. 11, Barueri: Manole, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba:

ba: Juruá, 2003.

STASIAK, Vladimir. **O princípio do juiz natural e suas implicações no processo penal brasileiro**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 776.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol.1, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol.1, 18ª ed, São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. vol.3, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZIMIANI, Doroteu Trentini. **O interrogatório sob a égide das garantias fundamentais e á luz dos instrumentos internacionais de direitos humanos**. 2003. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Paranaense-Unipar, Umuarama, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)