UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

JOÃO PAULO SILVA DE BARCELOS

CONTROVÉRSIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

RIO DE JANEIRO
2008

JOÃO PAULO SILVA DE BARCELOS

CONTROVÉRSIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

RIO DE JANEIRO

2008

JOÃO PAULO SILVA DE BARCELOS

CONTROVÉRSIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ _____

Banca Examinadora:

_____
Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Orientador - UFRJ

_____
Juiz de Direito Dr.André Nicolitti

_____
Professora Dra. Carolina Maria de Aquino Medici

Barcelos, João Paulo Silva de.
Controvérsias sobre a natureza jurídica do interrogatório / João Paulo Silva de Barcelos. 2008.
65 f

Orientador: Geraldo L. M. Prado
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 64-65.

1. Natureza jurídica do interrogatório - Monografias. 2. Controvérsias da natureza jurídica. I. Prado, Geraldo L. M.. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD: 341.4344

Ao meu Deus, Todo Poderoso, dedico este trabalho, por sempre me abençoar e iluminar meu caminho, dando-me força para prosseguir na busca pelos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, agradeço pelos sábios conselhos, pelas palavras de incentivo, pelos valiosos ensinamentos e pelo amor e carinho incondicionais que me fizeram superar todas as dificuldades e acreditar que sempre é possível lutar para realizar os meus sonhos.

À Jéssica, pelo amor e pela amizade, estando presentes em todos os momentos com carinhosas palavras de incentivo e compreensão.

À Roberta, pela carinhosa amizade, pelos atenciosos conselhos e pela valiosa ajuda que contribuiu para engrandecer esta pesquisa.

À Janete, pelo carinho, amizade, atenção e grande apoio no decorrer do trabalho.

À Renata, Luciana, Isabela e Vinicius, pela eterna e sólida amizade construída durante os inesquecíveis anos vividos na Faculdade Nacional de Direito.

Ao meu orientador Professor Dr. Geraldo Prado, pelos precisos conselhos com que, de maneira sábia, me orientou neste trabalho.

RESUMO

BARCELOS, João Paulo Silva de. *Controvérsias sobre a natureza jurídica do interrogatório.* 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia tem o objetivo de apresentar a natureza jurídica do interrogatório e a polêmica que advém das controvérsias doutrinárias acerca do tema. Assim, verifica-se que a este ato processual vem sendo atribuída a natureza de meio de prova, de meio de defesa e natureza mista, como meio de defesa e meio de prova (fonte de prova). A partir da análise da evolução dos sistemas processuais, observa-se que o sistema acusatório predomina no Direito pátrio através dos princípios do contraditório e da ampla defesa e, também, da separação das funções atribuídas aos sujeitos processuais, tendo o Ministério Público a prerrogativa de acusar e o Juiz, a de julgar. Nesse cenário, figura o acusado também como sujeito processual que terá seus direitos e garantias preservadas pela Constituição. No âmbito do interrogatório, a Lei 10.792 de 2003 ratificou os direitos do acusado, proporcionando a ele entrevista prévia e o acompanhamento do seu defensor técnico durante o ato processual e o direito ao silêncio. Assim, conclui a melhor doutrina ser o interrogatório um meio para que o acusado possa exercer sua autodefesa e, por isso, tem natureza jurídica de meio de defesa.

Palavras chave: interrogatório; natureza jurídica; meio de defesa; contraditório; sujeitos processuais; sistemas processuais; Lei 10.792/03.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....01

1-EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....04

2-SUJEITOS PROCESSUAIS.....17

2.1- Acusado.....19

2.2- Ministério Público.....26

2.3- Querelante.....30

2.4- Juiz 32

3- CONTRADITÓRIO À LUZ DA LEI 10.792/2003.....35

4- NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO.....44

4.1- Interrogatório como meio de prova.....49

4.2- Interrogatório como meio de defesa e meio de prova (ou fonte de prova).....51

4.3- Interrogatório como meio de defesa.....54

4.4 - Confissão do Acusado.....59

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS.....60

REFERÊNCIAS.....64

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o intuito de analisar a acalorada discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do interrogatório no processo penal brasileiro. Essa analise será realizada à luz da Constituição da República vigente, do Código de Processo Penal e da Lei 10.792 de 2003 que alterou profundamente o Capítulo III (Do interrogatório do acusado) do Título VII (Da prova) do Livro I (Do processo em geral) do Código de Processo Penal, além dos diversos posicionamentos dos principais doutrinadores do Direito Processual Penal brasileiro.

Esse importante ato processual é considerado por alguns autores uma das principais fases da persecução penal. Até meados do século XVII, no qual predominava o Sistema Inquisitório, o interrogatório era a principal, e em grande parte dos processos a única fonte de prova para condenar o acusado por um crime. Neste sistema, um único ente era responsável pela investigação, acusação e julgamento e geralmente essas três funções se concentravam nas mãos do Rei, que era a autoridade máxima nos Estados Absolutistas daquela época, ou nas dos Juízes. Sendo assim, toda confissão obtida durante o interrogatório, inclusive através de tortura do acusado, era suficiente para condená-lo, não necessitando de provas materiais para tanto. O silêncio tinha um valor inestimável e significava a confissão do crime do qual estava sendo acusado. Posteriormente, o poder de decisão se concentrou somente nas mãos do juiz, mas as características do sistema inquisitivo não se alteraram e os poderes de investigar, acusar e julgar continuaram sendo exercidos por um único sujeito processual. Ademais, todos as provas que o juiz produzia durante a investigação já estavam tendenciosas à condenação do acusado.

Com o surgimento do Sistema Acusatório, as fases da persecução penal foram descentralizadas e cada uma ficou a cargo de uma autoridade competente. Assim sendo, o interrogatório do acusado a quem foi atribuído à prática de um crime passou a ocorrer na delegacia após a prisão deste e durante o processo, sendo efetuado pelo Juiz, sempre que ele achasse necessário. A oitiva do acusado é muito importante pois é a oportunidade que o acusado tem de se defender, declarando sua versão sobre os fatos a ele imputados e, por isso, deve ser presidido por todas as garantias e direitos que a Constituição da República promulgada em 1988 trouxe em seu artigo 5° e incisos, além daqueles preconizados pela Comissão Americana de Direitos Humanos.

Seguindo os preceitos do sistema acusatório, na ação penal identifica-se a participação obrigatória de três sujeitos processuais, sendo o acusado com a participação obrigatória e indispensável companhia de seu defensor técnico, o Ministério Público e o Juiz. Nessa esteira, verifica-se que cada um terá determinada função dentro da persecução penal, sendo o acusado e o Ministério Público, partes da ação penal, enquanto o Juiz atuará de maneira central e eqüidistante das partes, julgando de maneira imparcial. Assim, será feita a análise de maneira detalhada da função de cada sujeito processual, assim como suas prerrogativas dentro da ação penal.

A persecução penal é um conjunto de atos processuais que objetiva o exercício do *jus puniendi* contra aquele acusado que cometeu de fato o crime e que deverá ser punido na medida de sua responsabilidade por este crime. Por isso que durante o processo de investigação, faz-se necessário que todo o esforço seja desprendido para se obter as provas necessárias para a acusação, sem limitar-se a qualquer tipo de forma de investigação, desde que não fira o preceito constitucional das provas obtidas por meio ilícito. Durante a dissertação, será discutida a possibilidade de produção de provas e a capacidade investigativa tanto do Ministério Público quanto do Juiz. Ressalta-se, entretanto, *ad initio*, que o Juiz tem a função de julgar de maneira imparcial e será observado que a atuação dele ma produção das provas poderá importar em uma valoração destas, fazendo com que ele perca a sua isonomia e imparcialidade no momento de decidir a questão em cotejo e o Ministério Público deve atuar como sujeito ativo da ação penal, sendo o autor da denúncia que vai iniciar a ação, ou como fiscal do cumprimento da lei, com a função de *"custus legis"*.

Diante dos direitos e garantias constitucionais atribuídos ao acusado durante o decorrer da persecução penal, vislumbram-se, de maneira exclusiva, os princípios do contraditório e da ampla-defesa, que de forma concorrente, estarão presentes no interrogatório. Assim, far-se-á uma análise das mudanças trazidas pela Lei 10.792 de 2003 que foi a responsável pela inclusão desses princípios durante a execução deste ato processual, possibilitando a efetiva participação da defesa técnica e do Ministério Público durante a oitiva do acusado.

Atualmente temos em nossa doutrina quatro posicionamentos sobre a natureza jurídica desse ato processual. Para alguns autores, tal discussão não tem mais cabimento, pois a Lei 10.792 de 2003 veio por fim em qualquer eventual dilema sobre a natureza do interrogatório. Entretanto, para a maioria da doutrina o problema ainda não foi de todo solucionado, restando uma vasta lacuna a ser preenchida para se chegar a uma conclusão acerca de tal natureza.

Para alguns, o interrogatório é meio de prova e isso é evidenciado pelo fato de o legislador querer que assim seja, visto que o inseriu em um capítulo do Título VII, Das provas, no próprio Código de Processo Penal. Ademais, afirmam os autores desta corrente como Camargo Aranha e Tornaghi que este ajuda o Juiz a formar sua convicção e que o principal objetivo do interrogatório é provar, seja contra ou a favor do acusado. Para outros, é considerado meio de defesa, pois assim determinou a Constituição da República de 1988, quando permitiu que o acusado permanecesse calado durante o interrogatório, pois seu silencio não poderia mais ser valorado e considerado como confissão do crime a ele atribuído. Logo, a Carta Magna vigente no país teria alterado a natureza deste ato processual segundo alguns autores como Grinover e Tourinho Filho, que reviram seus posicionamentos anteriores.

A terceira corrente considera o interrogatório como meio de defesa, mas subsidiariamente, pode ser considerada como meio de prova, dependendo do caso em análise. Entretanto, a ultima vertente, que atualmente vem ganhando força no Direito brasileiro, ensina que o interrogatório se caracteriza por ter uma natureza mista, ora sendo meio de defesa, ora como meio de prova. Fazendo um estudo da Lei 10.792 de 2003, verifica-se que os artigos do Código de Processo Penal que regulavam o interrogatório foram alterados e segundo os autores desta corrente, estes se adequaram aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, e aos preceitos do artigo 5°, LV, Constituição da República de 1988, além da possibilidade de permanecer em silêncio, visto que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo.Porém, este ato não deixa de ser um meio de prova ou uma "fonte de prova", pois durante a oitiva do acusado, o julgador estará colhendo elementos, para que em conjunto com as demais provas materiais, possam formar sua convicção no determinado caso. A lei em questão trouxe profundas mudanças no procedimento do interrogatório e será analisada com maior profundidade durante a pesquisa. Embora, essa terceira tese venha ganhado inúmeros adeptos na doutrina, verifica-se pelos motivos que serão expostos durante o trabalho, que a doutrina majoritária entende que a natureza jurídica de interrogatório é meio de defesa, devido todas as garantias e direitos preconizados ao acusado durante o ato processual.

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

A aplicação do Direito ao caso concreto que se dá pela atividade jurisdicional sofreu inúmeras mudanças com o passar dos séculos. As transformações pelas quais as sociedades passaram, sendo elas culturais, sociais, econômicas, religiosas, dentre outras, influenciaram e, continuam influenciando, o Direito e sua aplicabilidade. "Todos os povos como se sabe, estão em contínua transformação" (COSTA apud PRADO, 2006, p.61). Nas sociedades primitivas, não existiam Estados organizados, capazes de assumir a responsabilidade de dirimir os conflitos que surgiam entre as pessoas. "Nessa época o Direito era constituído de um emaranhado de regras não escritas e desconexas, oriundas da moral, dos costumes, hábitos, crenças e magias, expressando-se a reação punitiva diferentemente conforme o comportamento agressivo derivasse de um integrante do grupo ou de alguém que pertencente a outro clã ou tribo".(GOMES, 1995, p.77-80)

Assim sendo, os conflitos entre os particulares eram resolvidos através da autodefesa, na qual o crime era vingado pelo próprio indivíduo, sua família ou sua tribo, ou seja, *"o próprio sujeito do interesse legalmente protegido consegue, por sua atuação pessoal, que a lei seja respeitada"* (MARQUES, Volume 1, p. 8). Entretanto, no caso de desigualdade de força entre as partes envolvidas, haveria sempre a questão da injustiça, pois se o ofendido fosse mais fraco que o ofensor, este não reagiria à ofensa e, portanto, o autor ficaria impune pelo ato praticado. Porém, se fosse o ofendido mais forte, este poderia aplicar uma sanção mais severa, lesando o autor do crime praticado de maneira desproporcional.

Na tentativa de racionalizar a solução dos conflitos, surgiu a autocomposição, acordo entre as partes para decidir de forma pacífica o conflito de interesses existente entre elas.Esse consenso entre as partes foi uma grande evolução, pois substituía a violência e força bruta utilizada pela autodefesa pelo diálogo e negociação pacífica. *"Cuidava-se, apenas, de encontrar mecanismos de pacificação da sociedade, perturbada com a 'perda da paz'. Tratava-se da composição de conflitos."*(PRADO, 2006, p.67) No entanto, tal forma de composição dos conflitos proporcionava que a parte mais forte, ou que detinha mais poder na sociedade, impusesse sua vontade à outra mais fraca, fazendo com que esta cedesse durante a negociação para dirimir os conflitos. Diante desta situação, a autocomposição se coaduna em rendição para a parte mais fraca, ficando esta à mercê das imposições da mais poderosa. Além

da questão da diferença entre as partes, essa maneira de compor os conflitos apresenta outro impasse que é a capacidade dos conflitantes não querer a composição, não se chegando a um desfecho para o caso.

Diante dos conflitos que se transformavam em lutas sangrentas, das arbitrariedades contra os mais fracos e da não composição dos conflitos pelas próprias partes envolvidas, houve uma evolução do processo penal e o Estado passou a se organizar, tomando para si a responsabilidade de aplicar o direito aos casos concretos através da jurisdição. Esse processo evidenciou-se na Grécia e em Roma.

Na Grécia, o Estado dividia os crimes em públicos, de natureza mais grave, cometidos contra o particular ou contra a própria sociedade, mas que atingiam a coletividade, ou em privados que eram de natureza mais leve, cometido diretamente contra o particular e a repressão dependia da iniciativa do ofendido. Quando o crime era cometido contra a própria cidade, este era denunciado pelos Temostelas para a Assembléia do Povo ou para o Senado. Um deles indicaria um cidadão de Atenas para efetuar a acusação.

> (...) o prestígio do modelo ateniense de persecução penal derivou exatamente do sistema de acusação popular, em relação aos crimes públicos, faculdade deferida a qualquer cidadão, de um modo geral, pela Assembléia do Povo. (PRADO, 2006, p.73).

Após a acusação ser apresentada, juntamente com as provas obtidas até aquele momento e com o juramento, o Arconte procedia a pré-liberação da seriedade da acusação, designando o Tribunal competente, além de efetuar a convocação das pessoas que deveriam constituí-lo.

Assim, o Processo Penal se caracterizava pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, além da oralidade e publicidade dos debates. No momento do julgamento, a acusação fazia suas alegações, inquiria suas testemunhas e demonstrava as provas obtidas para proceder ao pedido de condenação do acusado. Posteriormente, a defesa falava, caracterizando um verdadeiro embate de teses entre as duas partes. Os Juízes se limitavam a assistir e arbitrar esta verdadeira “batalha” e, ao final, votavam conforme a decisão tomada de cada um. Não havia deliberação dos votos e a necessidade de justificá-los. O resultado era obtido pela maioria de votos, sendo que em caso de empate, o acusado era absolvido.

Os Tribunais atenienses eram divididos conforme a natureza e gravidade dos delitos praticados. Para os casos de crimes políticos de maior gravidade, após a manifestação do

Conselho dos Quinhentos, reunia-se a Assembléia do Povo, para em nome do próprio povo pudesse sustentar a acusação feita, não tendo o acusado qualquer tipo de garantia. Outro importante Tribunal era o Areópago, competente para julgar os homicídios premeditados, incêndios, dentre outros que cominavam pena capital. Existia o Tribunal dos Éfetas, composto por cinqüenta e um Juízes, com competência para julgar os homicídios não voluntários e não premeditados. O Tribunal dos Heliastas *"era composto de cidadãos, cujas decisões eram consideradas proferidas pelo povo, e sobressaiu-se entre os demais principalmente por força de sua ampla competência"* (PRADO, 2006, p. 73) e exercia a jurisdição comum. Poderia ser composto por até 6.000 membros, pois acreditava que quanto mais pessoas estivessem julgando, mais justa seria a decisão. Este tribunal se destacava, também, *"pela publicidade da sua atuação e porque composto por cidadãos honrados, maiores de trinta anos, eleitos anualmente por sorteio".* (MAIER, 2002, p. 30)

Em Roma, existia a mesma divisão entre os crimes públicos e privados, surgindo o Processo Penal Privado e o Processo Penal Público. No primeiro, o Juiz era um mero árbitro, se limitando a examinar provas produzidas pelas partes e dar seu veredicto. No entanto, com o passar do tempo, essa modalidade de processo foi desaparecendo, fortalecendo, desse modo, o Processo Penal Público.

Na primeira fase do Processo Penal Público, que coincidiu com o início da Monarquia do Império Romano o Estado assumia a função de sujeito de repressão, não tendo nenhuma limitação a este poder de julgar e punir. Essa fase preliminar ficou conhecida como *inquisitio*, pois após a notícia-crime, o próprio juiz efetuava as investigações e declarava a pena para o acusado, sem precisar de nenhuma acusação. Esse processo se chamava *cognitio*, procedimento de natureza pública e o acusado não detinha nenhuma garantia contra o arbítrio dos Juízes e a defesa era exercida na medida que o Magistrado concedia ao acusado.

> (...) tratando-se de procedimento de natureza pública, porquanto realizado em nome e pela intervenção do estado romano, e porque deixava ao magistrado, como representante do rei, ambos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades que se saiba e mesmo sem partes. (PRADO, 2006, p.74)

Com o advento da "*Lex Valeria de Provocatione",* surgiu a "*provocatio ad populum"* que dava a possibilidade do acusado recorrer da decisão dos Juízes para o povo que se reunia em comício, moderando o arbítrio dos Magistrados. No entanto, este processo tinha algumas particularidades, como só possibilitar que cidadãos romanos, ou seja, os *civis romanus* pudessem ter acesso a esse recurso. Além disso, o Magistrado deveria apresentar para o

conselho todas as provas obtidas durante a *inquisitio*, demonstrando os elementos supervenientes para se manter a condenação.

Em uma fase subseqüente, aproximadamente no último século da forma de governo Republicana em Roma, surgiu um novo procedimento denominado *accusatio, "também designada 'judicium publicium' ou 'quaestio'"* (MAIER apud PRADO, 2006, p.75). Neste, todo cidadão romano poderia efetuar acusações, com exceção dos Magistrados, das mulheres, dos menores e das pessoas que não tinham bons antecedentes. Esse procedimento se iniciava através da *postulatio* que o acusador dirigia ao *quaesitor*. Este tinha a responsabilidade de analisar a acusação, decidindo se realmente a conduta descrita era crime e se havia algum obstáculo legal para que se seguisse com a demanda punitiva. Uma vez aceita a *postulatio*, fazia a inscrição desta no livro do Tribunal, conhecido este ato como *inscriptio*. Isto ocorrendo, não poderia mais o acusador desistir da demanda, nascendo para ele o dever de produzir as provas necessárias que evidenciassem e confirmassem as acusações proferidas contra o acusado*, "visto que ninguém poderia ser levado a juízo sem uma acusação: 'nemo in iudicium tradetur sine accusatione'"* (PRADO, 2006, p.75). O acusador tinha a obrigação de acompanhar o processo desde a *postulatio* até a decisão final proferida pelo Juiz.

> A 'accusatio' pode ser conceituada como a prerrogativa concebida a qualquer cidadão e, especialmente, ao ofendido de, munido de provas, deduzir, perante o povo, a imputação, à margem, ou não, da 'inquisitio'., e assim, mover a ação penal. (Idem, p.75)

Nesse período a Justiça era administrada por um Tribunal Popular composto pelos *judices jurati,* que eram eleitos dentre os membros do Senado e, posteriormente, dentre os cidadãos romanos, observando os requisitos "morais, sociais e econômicos". A princípio, o conselho julgador era determinado através das indicações das partes (acusação e defesa), mas a formação que prevaleceu foi a determinada através de sorteio (*sortitio).* A acusação deveria ser feita somente por uma pessoa, mesmo havendo vários acusadores pleiteando o mesmo objeto contra o mesmo réu. Todavia, passou-se a admitir que vários cidadãos exercessem essa função de acusador contra a mesma pessoa.

O procedimento do julgamento no Tribunal Popular dava-se através da oralidade e publicidade dos atos. O particular responsável pela acusação tinha três horas para demonstrar as provas obtidas, fazer suas alegações e pedir a condenação do acusado. A defesa também possuía o mesmo tempo para convencer o Tribunal da inocência do réu. Após essas alegações, o Tribunal se reunia para votar a respeito da demanda, sendo esta votação feita oralmente, a princípio, mas passando a ser secreta depois. O presidente do Tribunal, conhecido como

quaesitor, se limitava a manter a ordem durante as audiências e lavrar as sentenças obtidas através dos votos dos *judices jurati.* Estes recebiam pequenas tábuas nas quais deveriam escrever a letra A para votar pela absolvição, a letra C para condenação ou as letras NL – *non liquet,* para se abster do voto. A doutrina diverge a respeito da contagem dos votos para se obter a decisão, visto que alguns autores afirmam que havia a necessidade de maioria absoluta para que se confirmasse o resultado da decisão e outros autores alegam que a maioria simples já era suficiente para que o resultado obtido fosse validado. No entanto, é pacífico que se a maioria das tábuas apresentassem a inscrição "NL", ocorria a *ampliatio* na qual ocorriam novos debates e, logo após, era feita nova votação.Ocorrendo empate, o acusado era absolvido.

As características do processo penal da Roma republicana e da Grécia Antiga são as predominantes do sistema acusatório privado. Esse nome deve-se ao fato de que uma pessoa só poderia ser levada a julgamento se fosse feita uma acusação contra ela por outro cidadão. No caso de crime menos grave era facultada à própria vítima e no caso de crime mais grave, qualquer um do povo poderia fazê-lo. Em Roma, para os casos de homicídios existiam os *Judices Questionis,* que eram entidades públicas que realizavam a acusação. Mas, essa exceção não tira o caráter privado das acusações feitas na época. Além disso, predominava a distribuição das funções da Justiça, ou seja, a acusação, a defesa e o julgamento eram feitos por pessoas distintas. As partes tinham disponibilidade sobre o processo e a autoridade judicial não tinha nenhuma participação na produção de provas, visto que estas dependiam das partes que tinham ampla liberdade probatória. Os fatos incontroversos não precisavam ser provados e, por isso, a confissão do réu punha fim ao processo pois implicava na condenação deste. A decisão do Juiz se dava diante da livre apreciação das provas, porém o Magistrado deveria fundamentar todas as suas decisões pelo princípio da persuasão penal. O procedimento assegurava algumas garantias processuais como a igualdade entre as partes, pelo princípio da paridade das armas, e o contraditório, visto que se constituía uma *"verdadeira luta entre o acusador e o acusado*" (TORNAGHI, 1990, p.11). O processo era eminentemente público e oral, com algumas exceções em que era feito na forma escrita e sigilosa. O Juiz era imparcial, a ampla defesa era assegurada ao acusado e devido ao princípio da presunção de inocência, o réu sempre respondia o processo em liberdade. Diante do exposto, verifica-se que nessa primeira fase do sistema acusatório, havia a garantia dos direitos do acusado.

Todavia, com o advento do Império como forma de governo em Roma, a *accusatio* foi sendo substituída pela *cognitio extra ordinem.* Nesse procedimento, as atribuições do acusador privado foram substituídas pela atuação do Magistrado a ponto de se reunir nas mãos dos Juizes, as funções de investigar, acusar e julgar, ou seja, "como salientou Manzini, de se reunirem em um mesmo órgão do Estado as funções que atualmente competem ao Ministério Público e ao juiz" (MANZINI, 1993, apud PRADO, 2006, p.76). No período anterior, o processo não poderia ser iniciado sem que houvesse a acusação e esta era uma garantia contra possíveis arbitrariedades por parte do Estado. Todavia, com o passar dos anos e com as mudanças sociais decorrentes do abastardamento dos costumes, os cidadãos já não faziam as acusações e os autores dos delitos ficavam impunes devido a esta inércia. O que antes era um ato nobre, se transformou em uma forma de vingança, de despotismo e de opressão. Assim sendo, houve mudanças com o novo procedimento e existindo alguma suspeita de delito, funcionários encarregados, conhecidos como *curiosi, irenarchae, nuntiatores, stationarii,* ou *digiti duri,* procediam a uma investigação preliminar, assim como faz hoje a Polícia Judiciária. Após este procedimento, os Juizes atuavam *ex officio,* não atendendo a manifestações de acusação e nem de denuncias. Na *cognitio extra ordinem,* os juízes eram os acusadores e julgadores e os julgamentos ficavam afetos a eles, que tinham a máxima disposição de *" descobrirem a verdade, não deixar ao desamparo os fracos e evitar o 'non liquet', tal seja, o pronunciamento da não-decisão, a impossibilidade de veredicto decisivamente solucionador do concreto conflito de interesses"* (PRADO, 2006, p.76-77). Em caso de apelação, esta era dirigida diretamente ao Imperador, sendo que depois passou a ser dirigida a Magistrados Superiores. Foi durante este procedimento que foi implantada a tortura ao réu e às testemunhas para que falassem a verdade que se queria ouvir durante o processo. Surgem os primeiros traços do sistema Inquisitivo. Sobre a *Cognitio extra ordinen,* ensina Maier:

> La denominación misma, *Cognitio extra ordinen,* revela precisamente las dos características fundamentales de este procedimiento: el renacimiento de la cognitio como método de enjuiciamiento penal que presuponia la omnipotencia procesal al reunir, en una única mano, por lo menos, dos de lãs funciones principales del procedimiento, la requirente y la decisória; y su regulación como sistema de excepción destinado a suplir la inactividad y complekidad del antiguo régimem acusatório, ya corrompido, y a otorgar mayor poder a lãs crecientes necesidades de la nueva organización política. (MAIER, 2002, p.51)

Na Idade Média, a Igreja Católica exerceu grande influencia nos principais paises do "Velho Mundo". A partir do século XIII, embora Inocêncio III tenha estabelecido o princípio de que *Tribus modis processi possit: per accusationem, per denuntiationem et per*

inquisitionem, prevaleceu o sistema inquisitivo através de denuncias anônimas. A acusação foi totalmente abolida nos casos de crime de ação pública, assim como a publicidade do processo, visto que o Juiz procedia *ex officio* e em segredo. A oitiva das testemunhas também ocorria em segredo e do acusado era precedido ou seguido de tortura, sem que houvesse nenhuma garantia a este. Baseado no interesse superior de defender a fé, acima de todas as coisas, fomentavam-se a indignidade e a covardia. Qualquer denúncia anônima era motivo para iniciar um processo, sem que o acusado tivesse direito de defesa, já que esta criaria obstáculos para descoberta da verdade. Por isso*, "a prisão durante o processo torna-se a regra, firme na tese de que todo acusado obstaculiza a investigação da verdade"* (PRADO, 2006, p.83)

Esse procedimento implantado pela Igreja Católica passou a dominar as legislações dos paises da Europa. " Principalmente a partir do momento em que as autoridades judiciárias eclesiásticas passaram a ser exercitadas por monges designados pelo Papa, as características marcantes da inquisição foram a forma escrita, em contraposição, à oralidade, o segredo, confrontando a publicidade e a iniciativa do juiz para o procedimento" (Idem, p. 82-83). Na Itália, os processos *per denuntiationem et per inquisitionem* foram bastante utilizados. Para isso, foram implantadas nas praças públicas, esculturas de leões com as bocas abertas, conhecidas como "*as bocas da verdade*" para que as pessoas pudessem fazer suas denúncias de forma anônima. Por não haver a necessidade de se identificar, muitas pessoas faziam acusações por vingança, movidas por ódio pessoal, o que não era levado em consideração no momento de se instaurar o processo contra o acusado. Esse procedimento recebeu inúmeras críticas, inclusive no século XVI, Farinásio ponderava que o processo iniciado por denuncias secretas deveria ser reprovado pelo Direito e os Juizes e notários que recebiam essas comunicações, agiam mal. Na Alemanha, a implantação do sistema inquisitivo culminou com a publicação da Lei Imperial de 1503, conhecida como *Constitutio Criminalis Carolina.* Esta foi levada ao extremo no Tribunal da Santa Punição, instituído para punir os crimes contra religião, paz pública e honra. O princípio da Publicidade era totalmente desrespeitado, mantendo-se em segredo a forma de processo e o local onde este ocorria, assim como os nomes do acusador e do Juiz, assim como a sentença proferida por ele.

No procedimento processual francês ressaltam-se todas as características do sistema inquisitivo, sendo estas cumpridas fielmente pelos operadores do Direito. O processo corria em segredo, o acusado não tinha direito à defesa, visto que se ele fosse realmente inocente, não precisava de defensor, e se fosse culpado, era indigno de possuir um. O processo iniciava-

se de ofício, através da atuação do Magistrado que atuava como acusador e julgador e a tortura era aceita a fim de obter a confissão do acusado. Em meados 1670, surgiu a *Ordennance sur la procédure criminelle* no reinado de Luiz XIV, que implantou de vez o sistema inquisitivo no Processo Penal francês, determinando que este fosse escrito, secreto e não contraditório. O procedimento era dividido em três fases, sendo a primeira a de informações, ou seja, destinada a averiguações de maneira secreta por um Magistrado. A segunda era a da instrução, presidida pelo mesmo Magistrado. Nesta, ocorria o interrogatório do acusado que, até esse momento, desconhecia o escopo de acusações e provas existentes contra ele. O interrogatório era feito de maneira secreta, sem a presença de um defensor e precedido de juramento. Sendo o crime grave, instaurava-se o processo baseado nos princípios do sistema inquisitivo, e colhiam-se novamente, os depoimentos das testemunhas, precedido de juramento, de forma secreta e sem a presença do acusado. Posteriormente, interrogava-se o acusado, que por imposição do Juiz deveria prestar juramento. Após as acareações, juntavam-se os resultados das investigações e da instrução nos autos do processo. A partir desse momento, inicia-se a terceira fase que é o julgamento, que acontece perante um Tribunal formado pelo Magistrado e seus assessores. Nesta fase, o processo é lido na íntegra para o Tribunal na ausência do acusado. Antes de ser julgado, o acusado era novamente interrogado, sem a presença do defensor e só existindo indícios, admitia-se a tortura para se obter a confissão, considerada a principal e "rainha das provas".

Em caráter de exceção, a Inglaterra abandonou os "Juízos de Deus" após o IV Concílio de Latrão e passou a considerar o processo um *fair trial,* inclusive tratando o acusado como um *gentleman.* Assim, com a influencia do liberalismo, foi implantado o Tribunal do Júri e a persecução penal ficou a cargo de qualquer um do povo.

No entanto, na Europa continental predominava o sistema inquisitivo com suas modalidades cruéis e desumanas de buscar a verdade através da confissão pela tortura. Os acusados não possuíam nenhum direito. Porém:

> (...) o sistema inquisitivo surgiu como uma superação do sistema acusatório, mas, logo, evidenciou-se que o processo baseado no sistema inquisitivo era antítese do acusatório. A falta de contraditório e a conseqüente inexistência de regras de igualdades e liberdade processual marcam o sistema inquisitório, assim como a concentração das funções de julgar, defender e acusar nas mãos do Magistrado, sendo que "os Juízes eram permanentes e irrecusáveis.(VELASCO, 1965, p.7).

Ou seja, uma única pessoa inicia o processo, de oficio, investiga e recolhe as provas pertinentes a este, podendo, inclusive, recorrer à tortura para obter a considerada rainha das

provas que era a confissão, que "*era elemento suficiente para a condenação*"(Idem, p. 7). e, ao final, profere a sentença. Ademais, todo o processo seguia em sigilo e era escrito, sem nenhuma garantia ao acusado que figurava como objeto do processo. O direito a ampla defesa também inexistia no sistema inquisitivo, e o embate entre a acusação e defesa ocorria com desigualdade, visto que "*O direito de defesa é limitado – como regra – e inexistente, em algumas oportunidades" (*DEMERCIAN e MALULY, p. 58)*,* inclusive durante o interrogatório, que era o momento crucial do processo em que o Juiz, muitas vezes mediante tortura, obtinha informações do acusado com exclusiva natureza de prova contra o próprio interrogado.

A partir do século XVIII, com forte influencia de Montesquieu Voltaire, Beccaria, dentre outros, surgiram inúmeras criticas ao sistema inquisitivo, através do combate e condenação da tortura e incentivo do fortalecimento da Instituição do Ministério Público. Beccaria pregava que o direito de punir era um direito de defesa da sociedade e, por isso, devia ser exercido dentro dos limites da justiça e da utilidade. Voltaire criticou ferrenhamente a *Ordonnance* de Luiz XIV, dizendo que a Lei parece obrigar o Juiz a se conduzir perante o acusado mais como um inimigo do que mesmo como Magistrado. Após a Revolução Francesa, adota-se um Tribunal Criminal na França no qual introduziu-se o Júri, que se subdividia em Júri de acusação e Júri de julgamento. No primeiro, formado por um Juiz e oito cidadãos, tinha-se a fase de instrução, na qual dava-se o interrogatório do acusado e oitiva das testemunhas. Depois de terminada a instrução, os jurados se reuniam para decidirem se o réu seria julgado ou não.O julgamento era oral, público e contraditório. Com o advento do Código Napoleônico de 1808, o Processo Penal que sucedeu à Revolução sofreu modificações. A ação penal era sempre pública e exercida pelo Ministério Público, permitindo-se ao ofendido somente propor ação para buscar ressarcimento. Adotou-se sistema misto que variava entre o inquisitivo e acusatório durante o processo. Este era dividido em três fases, sendo a primeira a da Polícia Judiciária que se propunha a investigar as acusações. A segunda, era a fase da instrução preparatória a qual era dirigida por um Magistrado de maneira escrita, sigilosa e sem contraditório. Não existia a possibilidade de defesa durante essa fase, evidenciando-se o caráter inquisitivo desta. Concluída a fase de instrução e admitida a acusação, o réu era submetido ao Júri de julgamento, iniciando-se a terceira fase que possui as características do sistema acusatório como oralidade, publicidade e contraditório.

Esse sistema adotado na França se difundiu por quase todos os paises da Europa devido a influencia do Império Napoleônico. Porém, na segunda metade do século XVIII,

surgiram movimentos para tentar extinguir o sistema inquisitivo da fase instrutória. Embora não conseguindo acabar completamente com a influencia deste sistema na fase de instrução, os principais processualistas e pensadores da época conseguiram ponderar a participação da defesa nos atos processuais desta fase, como por exemplo, o Código de 1873 da Áustria que permitia ao imputado fazer-se acompanhar de seu advogado, com algumas exceções.Porém, nem a defesa e nem a acusação poderiam presenciar o interrogatório e os depoimentos.A partir daí, com as novas legislações que foram surgindo, houve um avanço no que tange a participação da defesa nesta fase predominantemente inquisitiva até que em 1897, com o advento da promulgação da Lei Constans, foi abolido de vez o caráter inquisitivo da instrução, convertendo o que era sigiloso em contraditório. Todavia, surge na Itália o Código de 1930 que com o escopo da política de superioridade da autoridade do Estado, retomou o sistema inquisitivo na instrução penal, que tinha sido abolida em 1913. Na França, a partir de 1935, restaurou-se, também, o caráter inquisitivo e essa tendência espalhou-se por toda a Europa, sendo que atualmente, em quase todas as legislações predomina, com maior ou menor intensidade, o sistema acusatório ou misto.

O Direito brasileiro, segundo grande parte da doutrina pátria, adotou o sistema acusatório. Esse atendimento foi ratificado com o advento da Constituição da República que foi promulgada em 1988, visto que alguns autores afirmavam que no Brasil prevalecia o sistema processual misto. Aqueles que chegavam a essa conclusão se baseavam nos preceitos do atual Código de Processo Penal que foi promulgado através do Decreto-lei n° 3.869 de 30 de outubro de 1941, já que alguns dispositivos legais deste código têm características do sistema inquisitivo. Cabe ressaltar que o Código de Processo Penal pátrio foi inteiramente influenciado pelo Direito Italiano que tinha cunho político-ideológico fascista e, por isso, propunha medidas em que se visualizava o tratamento de presunção de culpa do investigado ou acusado, prevalecendo a preocupação pela segurança jurídica quando comparada e ponderada com a tutela da liberdade individual.

A Constituição da República de 1988 não previu, explicitamente, o sistema acusatório, mas o reconheceu implicitamente através de seus dispositivos. Um dos mais importantes destes é que a acusação deverá ser efetuada, nos crimes de ação penal pública, privativamente pelo Ministério Público. Ou seja, no artigo 129, I, o Constituinte determinou que é função institucional e privativa do órgão do Ministério público promover a ação penal pública nas formas da lei. As exceções a esta regra constitucional são nos casos de ação penal privada, na qual o particular, vitima ou seus familiares, dentro do que a lei determinar, poderá ingressar

com ação penal. Porém todos esses casos são explicitamente determinados pelo Código Penal. A segunda hipótese de um particular ingressar com ação penal se dá quando o Ministério Público não atua no prazo determinado em lei. Assim sendo, conforme reza o artigo 5°, LIX da Constituição, será admitida a ação privada no lugar da pública. O fato da Constituição prevê o Ministério Público como titular da ação penal demonstra a separação das funções de acusar e julgar que no sistema inquisitivo ficava a cargo do Magistrado. No entanto, no sistema acusatório o Juiz tem como função julgar dentro daquilo que foi pedido e trazido na denuncia e de acordo com as provas que foram produzidas durante a investigação e a persecução penal.

O processo no Direito pátrio será sempre contraditório com a possibilidade de ampla defesa para o acusado, conforme preceitua o artigo 5°, LIX, Constituição da República de 1988, inclusive sendo propiciado para àquele que não tem, comprovadamente, recursos para arcar com os custos de um defensor particular, assistência jurídica gratuita, como reza o mesmo artigo, em seu inciso LXXIV. Todavia, essa fase processual é precedida de uma fase preparatória conhecida como inquérito policial que é um procedimento administrativo que tem por objetivo a coleta de provas para subsidiar a acusação. Nesta fase pré-processual, a Autoridade Policial vai investigar os indícios do crime, da autoria e, conseqüentemente, da ligação do acusado com o crime que lhe está sendo atribuído. Este procedimento é não contraditório e sigiloso, cabendo, em alguns casos, o acesso do advogado de defesa aos autos do inquérito policial em andamento. Após, o término das investigações, esta mesma autoridade fará um minucioso relatório e o encaminhará, junto com os autos do inquérito, para o Juiz competente. Esse procedimento adotado pelo artigo 10 do Código de Processo Penal é amplamente criticado pela doutrina, assim como o artigo 12 que determina a juntada do inquérito policial aos autos quando este servir de base para a denúncia ou queixa. Abordando esse assunto, tem-se

> A objeção de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual, na prática, constata-se uma influência decisiva dos elementos colhidos na primeira fase da persecução penal na forma do livre convencimento do juiz. Tais informações, que deveriam repercutir tão-somente ‘para efeito de provimentos cautelares constritivos ou quanto ao juízo de admissibilidade da acusação’, acabam influindo no ‘próprio juízo de mérito(DEMERCIAN e MALULY, p. 57).

Assim sendo, o fato de juntar o inquérito policial aos autos do processo é uma forma de ferir o sistema acusatório, pois a Autoridade Policial está buscando fatos e provas que incriminem determinado acusado que ele próprio já indiciou, ajudando a acusação. Vale

ressaltar que nesta fase não há contraditório, o que prejudica e atenta contra os Princípios de igualdade e isonomia das partes no processo.

Outro dispositivo que apresenta caráter inquisitivo no Código de Processo Penal é o artigo 28 que determina ao Juiz função anômala de fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública. O membro do Ministério Público, autor da ação penal, entendendo que o caso em questão deve ser arquivado, ele o levará para o Juiz. No entanto, se este entender que a ação deve prosseguir, ele enviará os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este avalie a questão. Concordando com o Juiz, o Procurador decidirá pelo oferecimento da denúncia e o Juiz da causa estará vinculado à acusação, destruindo a imparcialidade do Judiciário. O uso deste dispositivo é inconstitucional visto que, o Magistrado poderia ter essa função, mas quando o Procurador-Geral fosse oferecer a denúncia, esta deveria ser remetida para outro Juiz. No entanto, fica evidente que qualquer outro Juiz que receber tal denúncia estará *"contaminado"* pela influencia do outro que não concordou com o primeiro pedido de arquivamento, e, de toda sorte, o juízo do caso estará destituído de imparcialidade conforme prevê a Constituição.

Ademais, cabe ainda pontuar a questão da produção de provas durante a instrução. O artigo 156 do Código de Processo Penal admite que o Juiz requisite a produção de provas, tendo ele ampla liberdade para isso. Porém, agindo dessa forma o Juiz novamente estaria adentrando em uma das funções que compete ao Ministério Público e atuando de maneira imparcial no processo. Nesse sentido, têm-se os ensinamentos de Prado:

> Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nessas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz de sua desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (PRADO, 2006, p. 137).

Os pontos suscitados acima que demonstram os traços do sistema inquisitivo no nosso Direito foram herdados do período do Império e, posteriormente, da importação das legislações européias, principalmente, italiana, que trouxeram embutidas o autoritarismo dos regimes políticos existentes nesses paises. Todavia, os dispositivos da Constituição

permitiram uma veemente critica a essas práticas que permaneciam no dia-a-dia dos nossos Tribunais.

Embora, ainda existam esses traços do sistema inquisitivo, o Direito brasileiro adotou o sistema acusatório com todas as suas prerrogativas como o contraditório e ampla defesa, acusação obrigatoriamente sendo feita pelo Ministério Público no caso de ação pública, ou pelo particular, ação privada, a igualdade entre as partes, regida pelo Princípio do equilíbrio ou da paridade de armas e a publicidade dos atos processuais. Mesmo sendo, predominantemente, escrito, é característico do nosso procedimento penal, o Principio da oralidade, pois os debates e depoimentos que ocorrem durante a instrução são considerados e levados a termos durante as instruções. Vale ressaltar, ainda, que o inquérito policial, com suas características inquisitórias, como o não contraditório e a forma sigilosa, é uma fase pré-processual e por isso não pode ser considerado para classificar o nosso sistema processual. Já em outros paises, como, por exemplo, a França, a fase de investigação, correspondente ao nosso inquérito policial é inquisitiva e ocorre dentro do próprio processo, fazendo parte da ação penal em si, sendo, por isso, considerado que o sistema processual francês seja o sistema misto, com uma fase investigatória inquisitiva e outra, judicial, acusatória, sendo nesta última, atribuídas todas as garantias e direitos aos acusados que sofrem a persecução penal.

CAPÍTULO 2

SUJEITOS PROCESSUAIS

O Direito Processual Penal Constitucional brasileiro evidentemente adotou o sistema acusatório como o predominante nas relações processuais no país. Embora muitos doutrinadores, como Tornaghi[1] e Tucci[2], ainda afirmem que o sistema processual adotado no Brasil seja o misto, tendo características acusatórias e inquisitivas, *data vênia,* os argumentos utilizados pelos ilustres mestres não encontram na Constituição e nem na atual jurisprudência, embasamento para tal assertiva. Esses doutrinadores pautam-se no fato de existir no Direito brasileiro uma fase preliminar a ação penal denominada inquérito policial, que é, caracteristicamente, sigiloso, escrito, não contraditório e pode ser instaurado de ofício pela autoridade policial. Diante dessas características inquisitivas do procedimento que antecede a ação penal, os autores ratificam que o sistema misto predomina no Direito Processual brasileiro, visto que o sistema acusatório evidencia-se no decorrer da própria ação penal.

No entanto, deve-se salientar que o inquérito policial é um procedimento de natureza jurídica administrativa e se coaduna como fase preliminar de apuração das infrações penais. Ademais, observa-se que esse procedimento administrativo não é parte obrigatória da ação penal, podendo ser dispensado pelo autor da ação caso este já tenha o seu convencimento formado e provas contundentes para o oferecimento da ação, conforme a hipótese prevista pelo artigo 46, §1°, do Código de Processo Penal. Por isso, pode-se afirmar que mesmo tendo características inquisitivas, estas não influenciam na determinação do sistema processual como sendo acusatório. Neste sentido, tem-se a lição do ilustre professor José Frederico Marques que destaca a existência de uma estrutura acusatória de nosso processo penal e salienta que o chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis de processo.[3]

Ratificando o posicionamento de que o sistema acusatório é o predominante no direito pátrio, a Constituição da República promulgada em 1988 trouxe diversos dispositivos que demonstram os princípios característicos desse sistema, como o contraditório, a ampla defesa, no artigo 5°, inciso LV, a oralidade, a publicidade, a igualdade entre as partes no decorrer do processo, também conhecida como a paridade de armas, dentre outros. Ademais, evidencia-se

[1] TORNAGHI, Helio. Instituições de Processo Penal, vol II.
[2] TUCCI, Rogério Lauria. Persecução Penal, Prisão e Liberdade.
[3] MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal.

ainda a separação da função de julgar que ficou a cargo do Magistrado, da função acusatória, estritamente atribuída ao membro do Ministério Público, ficando o Juiz impedido de proceder à ação penal *ex officio,* atendendo ao princípio do *ne procedat judex ex officio.* Assim destaca Leone[4] que apresenta como característica do sistema acusatório, o poder de decisão da causa entregue a um órgão estatal, por sua vez distinto daquele que dispõe do poder exclusivo de iniciativa do processo.

Enquanto no sistema de estrutura inquisitória observava-se na figura do Juiz a prerrogativa de acusar e julgar, no sistema acusatório, essas duas importantes funções são dirigidas a sujeitos diferentes. A estrutura processual constitucionalmente admitida prevê a existência de uma parte autônoma com a exclusiva função de fazer a acusação, enquanto para o Juiz fica a incumbência de julgar de forma imparcial a lide proposta pela parte, acarretando uma centralização deste sujeito no processo, diante de duas partes que buscam obter resultados distintos dentro de uma discussão de um mesmo objeto.

Nessa atual estrutura, observamos como partes principais no processo penal o Juiz, que como foi dito acima, está no centro da relação e tem a jurisdição como sua principal função, ou seja, julgar o caso de forma imparcial. Temos também o Ministério Público, para os casos de ação penal pública e para os casos de ação penal publica condicionada a representação, e este sujeito é que vai propor a ação configurando-se como o autor e um dos defensores dos interesses do Estado e da sociedade. Porém, existe a possibilidade da figura do particular ofendido exercer a função de autor da ação penal, através da queixa-crime. Todavia, essa ação penal privada é uma exceção que vem expressamente prevista no Código Penal, pois a regra é que a ação penal será promovida, privativamente, ou seja, de maneira exclusiva pelos membros do Ministério Público, conforme reza o artigo 129, I da Constituição da República. Assim, o particular somente poderá figurar como autor no caso de crimes que tenham na sua tipificação penal a ressalva que ele se procede mediante queixa.

No pólo diametralmente oposto, temos o acusado e seu respectivo defensor. O termo acusado é bastante discutido, podendo a parte a quem está sendo atribuído algum fato tipicamente punível, ser denominada como imputado, réu, denunciado, dentre outros. Segundo alguns autores, como Maier, a diferenciação desse termo representará a participação desse sujeito em cada etapa do processo, visto que este recebe diferente nomenclatura conforme o processo vai se desenvolvendo, ou seja, desde a denuncia até a sentença e os

[4] LEONE, Giovanni. Manuale di Direito Processuale Penale . Napoli: Jovene.

possíveis recursos. As particularidades dessas designações serão vistas em um momento oportuno mais adiante.

Diante do exposto, pode-se afirmar que os sujeitos processuais são aqueles que de alguma maneira podem influenciar no processo. Porém, essa definição é um tanto insuficiente, pois existem aqueles sujeitos que são principais e ausência de qualquer um deles impossibilitam a continuidade da relação processual. Esses sujeitos são o Juiz, o Ministério Público ou o ofendido, nos casos particulares de ação penal privada, e o acusado com o seu defensor constituído.No entanto, são partes essenciais do processo o autor, que é quem pede a tutela jurisdicional em face da outra parte, que será o acusado. Para completar o triângulo da relação processual, surge o Juiz, não como parte, mas como um sujeito imparcial, numa posição eqüidistante das duas partes que ficam em pólos opostos. Todavia, existem aqueles sujeitos que são considerados acessórios, que podem participar da relação jurídica processual, até de forma determinante, mas sua ausência não acarretará nenhum tipo de nulidade ao processo, seja ela absoluta ou relativa. Passa-se a observar adiante, cada sujeito processual e suas particularidades.

2.1 – Acusado

Conforme mencionado acima, o termo acusado que é utilizado para designar uma pessoa a quem está sendo atribuído um fato punível e que, provavelmente, vai figurar como parte em uma ação penal é bastante discutível, visto que a essa pessoa podem ser atribuídas diversas nomenclaturas. De maneira genérica, a este sujeito pode-se denominar como imputado como ensina Maier, *"Hermos preferido utilizar la palabra imputado para designar genericamente a quien sufre la persecución penal.*" (MAIER, 2002, p. 187). Porém, segundo o referido autor outras expressões poderão ser utilizadas de acordo com a fase da persecução penal em desenvolvimento:

> (...) en ocasiones, algunas que nosostros utilizaremos como específicas – procesado, acusado, por ejemplo – para designar sintéticamente al imputado en un momento determinado del procedimiento penal, palabras que, utilizadas de esta última manera, revelan alguna situación especial del imputado, conforme al desarrollo del procedimiento (Idem, p. 187).

No presente trabalho, será utilizado o termo genérico acusado para designar o sujeito a quem está sendo atribuído o fato tipicamente punível, visto que é a designação dada pelo atual

Código de Processo Penal brasileiro. Qualquer necessidade que surja de utilização de outro termo mais especifico, este será detalhadamente explicado, inclusive informando a fase processual em que o procedimento se encontra.

Superada essa discussão, passa-se ao conceito de acusado que pode ser definido como a pessoa contra qual será exercida a persecução penal. Embora esse conceito seja aceito e utilizado por alguns doutrinadores como Karl Peters, apud Maier (2002, p.244), devem ser feitas algumas considerações para que ele se torne mais conciso e capaz de determinar especificamente a figura do imputado. A primeira consideração a ser feita é a individualização da pessoa a quem está sendo imputado o fato tipicamente punível. O acusado deverá ser nomeado corretamente pelo seu verdadeiro nome. Qualquer equívoco nessa identificação, desde que haja certeza na identidade física deste, no inicio do processo não acarretará prejuízos para este, visto que as devidas correções poderão ser efetuadas no decorrer da ação penal[5]. No entanto, existem algumas situações que não é tão simples a identificação do acusado pelo próprio nome e isso pode acarretar a imputação de um crime a outra pessoa que é inocente. Por isso, quando não existe a certeza sobre a verdadeira identidade da pessoa do acusado, devem ser utilizadas algumas características que são próprias para individualizar um determinado sujeito. Todavia, surge um pertinente questionamento no que tange a quantidade de características que seriam suficientemente capazes de determinar a identidade de uma pessoa, e a resposta dependerá da realidade dos fatos em que esse se encontra, como explica Maier:

> (...) casi ninguna, por ejemplo, si el autor está detenido, se desconoce su nombre y sólo basta com señalarlo con el dedo índice; si existe alguna Duda, como, por ejemplo, si se presenta espontáneamente, una persona que responde a lãs señas que, pretendidamente, individualizan al autor, resulta preferible siempre dejardo ejercer los derechos del imputado" (MAIER, 2002, p. 189).

Diante dessa prerrogativa, cabe afirmar que devem ser utilizadas todas as possibilidades de identificação do acusado para individualizá-lo de maneira correta, evitando assim, a imputação de fato criminoso a uma terceira pessoa inocente. Uma segunda consideração que deve ser agregada ao conceito de acusado mencionado acima é sobre os atos de persecução penal que podem sobrevir contra a pessoa do acusado. É essencial que o acusado tenha ciência do fato que está sendo realmente imputado a ele, dando-lhe

[5] Código de Processo Penal, Art. 259 – A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença,se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

possibilidade de se defender da acusação ou demonstrar, previamente, que o ato a ele imputado tem a tipicidade excluída por alguma hipótese prevista em lei.

Embora qualquer pessoa possa ser acusada por ter cometido um ato que tenha ferido o ordenamento jurídico, existem alguns pressupostos para que esta seja levada a juízo e sofra a persecução penal. O acusado para figurar como sujeito passivo na relação processual penal deve ter capacidade jurídica para tanto, pois esta é um pressuposto processual absoluto, como ensina o mestre Klaus Volk, *"La capacidad para estar en juicio, esto es, la capacidad para ser imputado en un procedimiento penal, representa, universalmente, un pressupuesto processual"* (KLAUS, 1978 apud MAIER, 2002, p.202).

A capacidade processual é um importante pressuposto para que uma pessoa seja levada a juízo e possa responder pelos atos puníveis a ela atribuídos. Entretanto, o estudo sobre a capacidade processual de um acusado pode ser divida em duas partes distintas. A primeira análise deve ser feita sobre a capacidade genérica de uma pessoa, ou seja, verifica-se a possibilidade de ser atribuída a determinada pessoa a condição de acusado, permitindo-se que o Estado exerça sobre esta a persecução penal. Posteriormente, verifica-se uma segunda análise a ser feita que é a respeito da capacidade específica, que vai estudar os casos em que o direito possibilita que uma pessoa, em caráter de exceção ou por algum caso de excludente, não seja imputado e, conseqüentemente, não sofra a persecução penal. Todavia, observa-se que o estudo sobre a capacidade vai analisar os casos em que uma situação excepcional faz com que o autor de um ato penalmente punível não responda a ação penal, visto que a regra é que todos que cometam um ato tipificado como crime respondam penalmente sobre seus atos.

A capacidade genérica verifica as condições para o exercício da persecução penal pelo Estado e a conseqüente punibilidade do autor de um ato punível. Porém, ela não é propriamente específica do Direito processual penal, sendo os seus requisitos inerentes do Direito Penal. Assim, Maier ensina que:

> (...) la exigencia es estraña al Derecho procesal penal propiamente dicho, deriva del hecho punible atribuido y su autor o participe, y es regulada por el Derecho Penal. Um autor que no reúne el presupuesto indispensable – de personalidad, madurez y aptitud intelectual suficientes – para poder adjudicarle capacidad de acción (e, incluso, para poder ser considerado culpable) en el momento del hecho punible, tampouco reúne la condición necesaria para poder ser perseguido penalmente (imputado). (MAIER, 2002, p. 203)

Assim sendo, o autor no momento do cometimento do ato penalmente punível, deve reunir capacidade plena exigida pela legislação penal. O Código Penal brasileiro de 1940 traz

no seu título III – Da imputabilidade penal – as hipóteses genéricas que poderão fazer com que o acusado de um ato criminoso não seja punido por este.

Nos artigos que compõem esse titulo do Código Penal, observa-se que a imputabilidade do acusado se dará nos casos que este for inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato devido à doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Outra hipótese de imputabilidade é a dos menores de 18 anos, visto que estes estarão sujeitos a legislação especial A embriaguez aludida pelo Código para excluir a punibilidade do agente deverá ser completa, deixando-o inteiramente incapacitado para entender a ilicitude do ato comissivo ou omissivo praticado. Ademais, esta deve ser proveniente de caso fortuito ou força maior, não tendo o autor nenhuma possibilidade de prevê-la ou evitá-la.[6].

Cabe ressaltar, segundo Maier, que *"son ininputables quienes, en el momento de ka realización del hecho punible, no han podido comprender la criminalidad de su comportamiento o no han podido dirigir su comportamiento conforme a esa comprensión*." (idem, p. 212).

Superada a fase de verificação da capacidade genérica e não identificados os requisitos capazes de impedir o inicio da persecução penal, passa-se a analisar a capacidade especifica do acusado. Essa capacidade está relacionada à possibilidade do acusado praticar atos processuais válidos. Nesse momento, será discutida a capacidade à luz do Direito processual, visto que o acusado deve ter capacidade *"para representar racionalmente sus in*tereses, ejercer sus derechos y conducir su defensa en forma inteligente e inteligible."(HENKEL, 1953, apud MAIER, 2002, p.213-214). Nos casos em que o agente que não possui a aptidão psíquica para realização de um ato processual, classifica-se este de incapacidade superveniente, distinguindo assim da incapacidade genérica do sujeito que não tem um desenvolvimento mental capaz de fazê-lo entender o ato praticado.

A falta de capacidade específica, ao contrário da capacidade genérica que pode resultar na absolvição, no caso de sentença transitada em julgado, ocasiona a paralisação do procedimento até que esta seja totalmente sanada. Como ressalta Maier, *"la falta de aptitud específica para la realización de los actos necesarios, en el curso del procedimiento conduce a su paralización." (*MAIER, 2002, p.218.).O não comparecimento do acusado perante o tribunal gera o mesmo efeito, visto que o Direito Processual Penal proíbe a continuação do

[6] Código Penal brasileiro, art. 26, caput.27 e 28, II,§

procedimento com a ausência do acusado, pois pode caracterizar um eventual cerceamento de defesa.

Assim sendo, a paralisação do procedimento com o conseqüente arquivamento do processo se dará até que se verifiquem sanadas todas as hipóteses de incapacidade suscitadas pela parte. Entretanto, somente parte do procedimento será paralisado, visto que outras partes que não estão diretamente ligadas à falta de capacidade do acusado poderão prosseguir.

Existem ainda outras formas de um agente que cometeu um ato punível típico não sofrer a persecução penal, pelo menos de forma transitória. Isto acontece quando o autor ocupa uma função que possibilita a ele esse privilégio temporário que vai perdurar até que este deixe de ocupar determinado cargo que lhe permite ter essa prerrogativa, visto que a atividade exercida pelo autor do fato criminoso é de grande relevância e, por isso, não pode ser interrompida de maneira repentina. Cabe salientar que este benefício não é de cunho pessoal, mas sim decorrente da atividade ou do cargo ocupado por determinado sujeito. Em algumas situações o caso é levado a conhecimento do Congresso Nacional para que seja decidido se este sujeito será ou não julgado de imediato pelo crime praticado ou aguardará o término do período de duração da sua função para que seja submetido à persecução penal.

Ademais, o acusado no sistema acusatório figura como sujeito processual e não como mais um objeto do processo, misturado com os indícios e provas colhidos e arrolados pelo juiz inquisidor. No direito pátrio atual, este tem direitos e garantias que devem ser considerados e exercidos desde o momento que este é preso em flagrante ou quando recaem sobre ele fortes indícios de autoria de um crime, ou seja, passando ele a ocupar a posição de suspeito de determinado ato criminoso. O desrespeito a esses direitos do acusado pode ocasionar a nulidade absoluta de todos os atos processuais que se seguiram a este, podendo prejudicar uma persecução penal em potencial e, conseqüentemente, a devida punição do verdadeiro autor do crime.

A Constituição brasileira trás diversos princípios que traduzem efetivamente os direitos do acusado, como o princípio do devido processo legal, da comunicabilidade do preso, do *nemo tenetur se detegere,* ou seja, ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, e por isso, ratifica-se o direito ao silêncio sem prejuízo de sua defesa, além dos importantes princípios da ampla defesa e do contraditório, que estão intimamente ligados.

Conforme lição de Grinover:

> (...) defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação que garante o contraditório. (GRINOVER, 2004, p.90).

Além das proteções constitucionais já existentes, o Brasil ratificou as garantias estabelecidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que ocorreu em São José da Costa Rica, incorporando ao direito pátrio como norma constitucional equivalente à emenda constitucional, [7]o artigo 8° da Convenção, dentre outros, que versa sobre direitos humanos. Mais um dispositivo normativo que assegura ao acusado o direito de defesa, além dos direitos que garantem sua integridade física, moral, psíquica e intelectual.

Adentrando em algumas particularidades dos direitos do acusado, este tem o direito de presenciar todos os atos da persecução penal. Embora o acusado não possa acompanhar, a priori, o inquérito policial, pois este tem características inerentes ao sistema inquisitório, já mencionadas anteriormente, a não ser que tenha autorização judicial para tanto, ele pode e deve acompanhar todos os atos, inclusive participando do julgamento, visto que ele tem direito a autodefesa. O acusado, juntamente com seu defensor constituído, deve ser notificado dos atos processuais para que possa comparecer e participar destes e a falta de tal comunicação pode ensejar nulidade absoluta ou relativa desse ato e dos que se seguem a este. Tal diferença determina que será "*nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver conseqüência."* (GRINOVER, 2004, p. 94). O STF se posicionou através da Súmula 523 e estabeleceu que *"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu"*.

Ademais, também exercendo o direito de autodefesa, o acusado tem a possibilidade de produzir provas durante a instrução penal a fim de demonstrar que são infundados e inverídicos os fatos imputados a ele. É nesse momento que o acusado tem uma excelente oportunidade para produzir sua prova oral, pois no inquérito policial (nas investigações preliminares), as provas produzidas, ou melhor, identificadas, concorrerão para sua condenação. Logo, a produção de provas contrárias às que foram juntadas na ação penal é um direito que o acusado tem para demonstrar que não praticou o ato ilícito imputado a ele.

[7] Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5°, §3°.

Além do interrogatório, que o acusado pode e deve utilizar para se defender dos atos a ele atribuídos, seja através de alegações ou do seu silencio, o mesmo tem o direito de pedir para ser ouvido pelo juiz com o intuito de prestar mais alguns esclarecimentos que poderão inocentá-lo. Todavia, é o acusado que deve falar e não o defensor que o acompanha, visto que é um ato personalíssimo deste, assim como o interrogatório.

Um dos mais importantes direitos do acusado é o direito à defesa técnica. Este direito é indisponível e imprescindível, pois *"mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz"* (Idem, p. 93). Mediante esta lição de Grinover, verifica-se que o acusado figura sozinho como sujeito processual, mesmo com a figura do advogado, como defensor técnico, sendo este indispensável, conforme também preceitua a Constituição da República.

O defensor não será parte e, muito menos, sujeito processual, pois ele agirá sempre como um representante da parte, e não, como um substituto processual. Por ser o direito de defesa indisponível, o advogado poderá defender o acusado tecnicamente até contra a vontade do acusado, como ressalta Tiedemann: "*Em interes Del hallazzo de la verdad y de uma defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también em contra de la voluntad Del inculpado, por ejemplo, interponer uma solicitud para que se examine su estado mental" (*TIEDEMANN, 1989, p.185). Ratificando o entendimento anteriormente mencionado, Grinover ensina que:

> (...) havendo conflito de vontades entre o réu e o advogado, a opinião mais coerente com as garantias da defesa é a de que deve prevalecer a vontade do defensor, que recorreu, não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para melhor garantia dos direitos de defesa. (GRINOVER, 2001, p. 42 e 130).

Sobre essa assertiva, temos o posicionamento do STJ que assinala que:

> (...) em homenagem ao principio constitucional da ampla defesa, na hipótese de conflito entre o réu, que renunciou ao direito de recorrer da sentença condenatória, e seu defensor, prevalece a vontade da defesa técnica, com idoneidade para avaliar as conseqüências da não impugnação da decisão condenatória. [8]

A presença do defensor técnico, acompanhando o acusado, é direito deste durante os atos processuais, inclusive desde a prisão, no caso de flagrante delito ou declarada a prisão preventiva, pois o acusado tem, juntamente com o direito ao silêncio, direito a assistência da

[8] STJ, HC 18.400 – SP. Rel.: Min VICENTE LEAL, (DJU 06.05.02), p.321.

família e do advogado previsto pela Constituição[9]. Está prevista, assim, a obrigatória assistência do advogado a partir do momento da sua prisão que se estende durante toda a persecução penal, visto que a obrigatoriedade do advogado deve-se :

> (...) la ley procesal penal fija un punto en el procedimiento depués Del cual el no puede existir, legitimamente, sin que un defensor o assistente jurídico acompañe al imputado en el labor de resistir la imputación: ese punto es la primera declaración del imputado sobre el hecho. (MAIER, 2002, p. 258)

No entanto, é evidente que somente o fato do defensor acompanhar o acusado se faz suficiente para corroborar o princípio da ampla-defesa, do contraditório, e conseqüente, paridade de armas, e garantir os direitos previstos pelos demais princípios constitucionais ora existentes. Assim, deve ser assegurado ao imputado, antes da realização dos atos processuais, um contato com o seu advogado para que este possa orientá-lo e informá-lo sobre a estratégia a ser adotado pela defesa. Assim:

> (...) é evidente que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que a autodefesa e defesa técnica se integrem, por intermédio do conto reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa. (GRINOVER, 2004, p.101)

Com o advento da lei 10.792 de 2003, a atuação do defensor evidenciou-se ainda mais, pois possibilitou a intervenção do advogado durante o interrogatório, fazendo perguntas que, possivelmente, ajudaram a demonstrar a inocência deste quanto aos fatos a ele imputados ou permitem esclarecer circunstancias que não foram abordados pelo juiz, mas que são de grande relevância para o processo. Assim, a efetiva participação dos sujeitos processuais, tanto do acusado, juntamente com o seu defensor, e do Ministério Publico no interrogatório torna eficaz o exercício do contraditório e da ampla defesa, podendo ser discutidos os fatos ilícitos atribuídos ao acusado, de forma mais clara e possibilitando, também, a integração das teses da autodefesa e da defesa técnica, tornando mais eficiente a defesa como um todo.

2.2 Ministério Público

O Ministério Público é um dos sujeitos processuais que, assim como o acusado, figura como parte na relação processual. Embora para muitos autores, este sujeito processual tem sua origem na Revolução Francesa, muito bem ensina Maier que:

[9] Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5°, LVIII.

> (...) no puede haber duda en afirmar que tiene carta de cuidadania francesa, empero, la fecha de sua nacimiento no se corresponde exactamente com el orden republicana inmediato, surgido de la Revolución Francesa, sino, antes bien, com la reacción política a esse orden y el advenimiento del orden imperial napoleónico. (MAIER, 2002, p. 300)

Sendo assim, com o advento do Código de Instrução Criminal francês de 1808, surge o Ministério publico, diante de um sistema processual que tinha como objetivo superar o sistema inquisitivo tradicional que estabelecia um mesmo funcionário para investigar, denunciar e julgar, que era o Juiz inquisidor. Este não conhecia e, muito menos, reconhecia a defesa do acusado e somente procurava obter a verdade que interessava ao Estado. Com o surgimento deste Código, foi instituído um funcionário estatal, totalmente separado da figura do juiz, que tinha como principal função ser autor da ação penal pública, representando a acusação durante a persecução e dando legitimidade ao processo e as decisões decorrentes deste, proporcionando a primazia do sistema acusatório através do exercício do principio do contraditório. Adiante, será também analisada a função de fiscal da lei, ou também conhecida como *"custus legis"* exercida pelos membros do Ministério Público. Após as reformas processuais ocorridas durante o século XIX, surgiu a atual forma da instituição do Ministério Público.

Este sujeito processual, que é autor da ação penal pública, é um órgão estatal independente, ligado ao Poder Executivo, e seus membros, promotores e procuradores, estão sujeitos aos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional previstos na Constituição. De acordo com Maier, o Ministério Público

> (...) nació dentro de la administración (Poder Ejecutivo), o que conciba su ingresso al Poder Judicial, como fórmula de resguardo de su independencia externa, no parece posible imaginar el ejercicio de la persecución penal por parte de la fiscalía sin pensar en que su actividad o su inatividad representan totalmente al Estado em esa función, frente a la organización judicial. (MAIER, 2002, p.331)

Deve-se frisar que os membros do Ministério Público estão intimamente ligados ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, ao princípio da obrigatoriedade. Inicialmente, diante desses dois princípios, esse sujeito processual está obrigado a cumprir o que é determinado pela lei, ou seja, a cumprir a função a que se destina, figurando como autor da ação penal pública conforme ressalta o mesmo autor: "La explicación del sistema penal reside en la realización publica y obligatoria de la ley penal, isto és, en la indisponibilidad de la actuación de preceto y *sanción no bien afirmada la infracción en el mundo de los hechos"* (idem, p. 321).

Quando o Ministério Público decide por oferecer a denúncia contra alguém que ele acredita ser o autor do fato típico, não pode se retratar e desistir da ação penal, mesmo que no decorrer da persecução penal fique evidente que o acusado é inocente do fato a ele imputado. Isso acontecendo, o promotor deverá pedir a absolvição da outra parte e não desistir da ação.

Outra particularidade é em relação às provas produzidas que vão corroborar com a denúncia. A obtenção das referidas provas é papel fundamental da polícia judiciária que vai investigar os indícios, busca evidenciar durante o curso do inquérito policial. Após a conclusão do inquérito, o chefe das investigações, geralmente o delegado de polícia, confecciona um minucioso relatório e o envia para um membro do Ministério Público para que este, após analisar e se convencer da autoria do fato criminoso, efetue a denúncia contra o autor do referido ato. Todavia, vale a assertiva que nenhum membro do Ministério Público ficará vinculado às conclusões do inquérito policial. Logo, o convencimento do promotor ou do procurador independe do resultado do inquérito, podendo denunciar conforme a tipificação prevista na peça policial ou tipificar o crime de forma diversa conforme o seu entendimento. Pode, inclusive, não denunciar, caso entenda que, embora o inquérito tenha concluído que o investigado foi o autor do crime, o Ministério Público pode concluir de forma diversa, diante das evidencias que ele dispõe e por encontrar alguma falha material no inquérito policial.

Um ponto controvertido e bastante discutido pela doutrina é a possibilidade do Ministério Público produzir provas e efetuar investigações. Prado ensina que:

> (...) em contrapartida à maior liberdade de ação, que deve inspirar a atuação do Ministério Público, em um processo penal democrático, temos que, além dos mencionados controles, funcionam outros, direcionados a impedir ou a coibir os excessos e tentar garantir que o valor de verdade da sentença penal não venha a naufragar por conta de uma acentuada e irracional atividade probatória. (PRADO, 2006, p. 129)

Não há dúvidas na melhor doutrina atual que cabe à polícia judiciária investigar e obter provas para, possivelmente, o Ministério Público oferecer a denúncia, sendo que este funcionará como fiscal dessa investigação, visto que este ato, muitas vezes, invade-se a privacidade do investigado, atentando contra reputação daquele que está sobre suspeita. Entretanto, todo e qualquer abuso por parte da polícia na investigação e na decorrente produção de provas faz com que essas se tornem ilícitas e não sejam utilizadas no processo.Todavia, admite-se a participação do membro do Ministério público nas investigações em caráter excepcional, inclusive com a fixação pela lei, das hipóteses e dos limites a esta investigação.Assim sendo:

> (...) nos limites do devido processo legal, sacrifica-se o ideal do afastamento do Ministério Público da investigação criminal, pelo qual viabilizado o controle constitucional da atividade de polícia judiciária, para permitir a investigação de crimes que de outra maneira não seriam investigados.(Idem, p. 133).

Portanto, a limitação da polícia judiciária por ausência de autonomia permite que o Ministério Público e a polícia trabalhem em conjunto na produção de provas, visando o melhor proveito da investigação. O distanciamento criado pela Constituição entre esse sujeito processual e a investigação é decorrente de sua função fiscalizadora das atividades policiais, o que constrói uma estrutura confiável de controle a possíveis abusos aos direitos e garantias constitucionais de quem está sendo investigado. Porém, vale lembrar que todo o sistema processual é dinâmico e não definidos historicamente. Portanto, as atribuições do Ministério Público não são estáticas e poderão variar com momento histórico-político do país.

Embora o Ministério Publica seja regido pelo princípio da legalidade e da obrigatoriedade, deve ser feita uma análise mais aprofundada sobre esse assunto, inclusive ponderando este último princípio com o da oportunidade. A função dos membros deste sujeito processual não é incompatível com tomada de decisões de conveniência ou oportunidade, desde que essas tomadas de decisões estejam pautadas pelos princípios da moralidade, de impessoalidade e da objetiva isonomia. Ou seja, o Ministério Público pode agir seguindo critérios de oportunidade, pois não impedirá de contribuir decisivamente para a implantação de uma política criminal mais justa. Além do mais, em um sistema acusatório que, atualmente predomina no país, deve-se haver uma possibilidade para que o Ministério Público atue de forma mais flexível, pois a persecução penal deve atender ao fim de defesa social, ou seja, proteção da sociedade, assim como de todos os indivíduos a ela pertencentes. Por isso mesmo:

> (...) não se trata apenas de assegurar ao Ministério Público o monopólio do exercício da ação penal pública, na forma da lei. Nos dias de hoje é concebível extrair da norma constitucional a autorização para definir critérios e casos de atuação, sempre tendo em mente os princípios da moralidade e impessoalidade.(PRADO, 2006, p. 129).

Diante de todo o exposto, evidencia-se que o Ministério Público figurando como autor da ação penal pública ou como fiscal da lei deve pautar-se no princípio da legalidade e da obrigatoriedade, mas ponderado pelos princípios da oportunidade, da impessoalidade e da moralidade, a fim de buscar sempre as melhores soluções para defender o interesse da sociedade e, conseqüente, busca pela paz social.

Mesmo sendo o Ministério Público, o principal sujeito processual de acusação, cave destacar a atuação do assistente de acusação. Esse sujeito processual acessório pode ser um terceiro que vai atuar por escolha da vitima ou sua família ou pode ser a própria vítima que vai auxiliar e acompanhar o Ministério Público durante toda a persecução penal. A figura do assistente está prevista no Código de Processo Penal a partir do artigo 268[10] e a ele será permitido propor meios de provas, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, no caso dos artigos 584. §1° e 598.[11]

A admissão da participação do assistente no processo será apreciada e decidida pelo Ministério Público[12] e dessa decisão, positiva ou negativa, não cabe algum tipo de recurso.[13]

2.3 Querelante

Analisando o Código Penal brasileiro, observa-se que a ação penal deve ser pública incondicionada, ou seja, o Estado, independente da vontade do particular vai exercer a persecução penal e a atividade punitiva contra aquele que infringir o que determina a lei penal através do cometimento de algum ato ilícito ou da omissão que gere efeitos no âmbito penal.

Todavia, em caráter de exceção, o legislador previu alguns tipos penais em que o Estado só vai exercer a atividade punitiva caso o particular demonstre o interesse para que isso aconteça. Para isso, ele determinou duas modalidades de ação penal que vão depender da iniciativa do particular para acontecer. Em uma, o particular vai atuar como uma espécie de *"start"* para que o Estado comece a agir. Na outra modalidade, o próprio particular, seja o ofendido ou um terceiro agindo em interesse dele, vai atuar como sujeito processual, sendo o autor da ação penal.

O primeiro caso anteriormente citado trata-se da ação penal pública condicionada. Nesta, o particular deverá representar junto ao Ministério Público para que este possa ingressar com a ação penal. Diferentemente da ação penal pública incondicionada, na qual o membro do Ministério Público denuncia sem a necessidade de solicitação do particular, nesta

[10] "Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31."
[11] Código de Processo Penal, artigo 271.
[12] Código de Processo Penal, artigo 272: "O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente."
[13] Código de Processo Penal, artigo 273: " Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão."

modalidade de ação penal é imprescindível a participação do particular, pois mesmo que nos casos em que o membro do *Parquet* tome conhecimento do fato ilícito, ele não poderá agir sem que antes o particular represente e demonstre ao Estado que ele quer o inicio da persecução penal contra aquele que o ofendeu. Entretanto, existe um caso mais específico de ação penal pública condicionada que é aquela na qual existirá uma requisição do Ministro da Justiça para que o membro do Ministério Público inicie a ação penal. Esta modalidade geralmente será utilizada para punir aquele que atentou contra a honra do Presidente da República e membros do governo. De toda a sorte, essa ação, por ser estritamente excepcional, deve estar prevista, literalmente, no tipo penal, pois como mencionado acima, a regra é que toda ação penal seja pública e não condicionada a vontade de algum particular.

Uma situação que também pode acontecer é o autor da ação penal pública incondicionada, o Ministério Público, perder o prazo para denunciar o acusado ou não cumprir algum ato processual inerente a sua figura no processo. Sendo assim, o particular interessado na ação penal pode ingressar a ação penal, transformando a ação penal que antes era pública incondicionada em ação penal privada subsidiária da pública. Neste momento, verificado o erro por parte do Ministério Público, este assumirá a autoria da ação, dando prosseguimento aos atos processuais que se seguem, tornando parte da ação penal e, conseqüentemente, transformando-a em ação penal pública incondicionada.

Outra exceção prevista pelo Código é o caso de ação penal privada. Neste tipo de ação, o particular vai iniciar a ação penal sem a intervenção do Ministério Público, através da queixa-crime. Diante disso, este assume o papel de autor da ação penal, recebe a denominação de querelante e figura como parte processual na persecução penal. O exercício da ação penal privada vai ocorrer para os crimes de menor potencial ofensivo, geralmente contra a honra do querelante e, pelo caráter de exceção que possui, deverá estar expresso no tipo penal que o crime se procede mediante queixa, conforme aparece no artigo 145 do Código Penal.[14]

2.4 O Juiz

O juiz é sujeito processual assim como o Ministério Público e o acusado, mas não pode considerado parte processual como ambos. Segundo sábia lição do Professor Geraldo Prado: *"há uma conexão que vincula os três principais sujeitos do processo, de modo que a um deles se entregue a atividade de exercer a ação penal, a outro a atividade de defesa e a um terceiro, eqüidistante e imparcial,a atividade de julgar*." (PRADO, 2006 p. 132).

[14] Código Penal, artigo 145: "Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 40, §2°, da violência resulta lesão corporal."

Essa estrutura processual característica do atual sistema processual acusatório predominante no Brasil e nos principais Estados Democráticos de Direito, divide claramente a função de acusar que fica a cargo dos membros do *Parquet*, da função jurisdicional, exclusiva dos Magistrados. Importante essa divisão para evidenciar a imparcialidade da Justiça durante a apreciação dos casos e das decisões proferidas pelos Juizes. Diferente do que acontecia durante o sistema inquisitivo quando era o Juiz que atuava ativamente na produção das provas, as valorava conforme o seu interesse para julgar o caso, iniciava de ofício a ação penal e, posteriormente, a julgava, totalmente tendencioso a um resultado condenatório, no sistema acusatório:

> O Juiz não produz provas na investigação criminal não só porque a preparação da ação penal, respeitada a máxima acusatoriedade, implica no afastamento do juiz na fase preparatória mas também pelo fato de a presunção de inocência comportar, até o transito em julgado da condenação, uma postura de preservação pelo juiz de um papel de verdadeira imparcialidade. (idem, p. 135 e 136).

Algumas prerrogativas são inerentes ao juiz como a jurisdição, que é dizer o direito, ou seja, decidir sobre aquilo que lhe foi dado para apreciar. Outra é o fato de não poder iniciar a ação penal de ofício seguindo o principio do *ne procedat ex officio,* além da imparcialidade, mantendo-se afastado, de forma eqüidistante, das partes processuais. Ademais, pode-se ressaltar a questão de se deter somente aos fatos que foram trazidos ao processo pelas partes, não podendo julgar além, aquém ou a mais do que foi pedido na peça inaugural da ação penal.

Existem algumas discussões na doutrina a respeito da função investigatória do juiz durante a persecução penal e a possibilidade de produção de provas deste sujeito processual. Primeiramente, é válido fazer uma análise sobre a questão da prova no âmbito da persecução penal. Tanto o acusador, quanto a defesa, possuem o direito à prova, seja para fundamentar o início da ação penal, seja para desarticular a tese de acusação e demonstrar a inocência do acusado. Os sujeitos que procuram demonstrar as provas para corroborar a veracidade daquilo que estão alegando, estão inclinados e seguindo a tendência da tese que vêm tentando demonstrar para o juiz durante a persecução penal.

Ao admitir-se a possibilidade do juiz produzir provas durante a persecução penal, verifica-se essa perigosa tendência *"comprometedora da imparcialidade do juiz,"* (PRADO, 2006, p.137).pois na medida que ele propõe a produção de uma prova, ele acredita, mesmo que intimamente, que aquele fato a ser investigado pode ter alguma pertinência para o processo e, conseqüentemente, influenciará na sua decisão. A partir desse momento, não mais

se verifica a devida distancia que o juiz deve ter das partes, quedando este para um dos lados que faz parte do processo.

Adentrando mais na questão, observa-se que quando o juiz solicita a produção de provas:

> (...) se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico, objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão (Idem, p. 137).

No entanto, Teresa Armenta Deu defende a possibilidade do juiz introduzir provas durante a persecução penal pelo fato que tais provas passarão pelo crivo do contraditório e pela livre apreciação da defesa durante a fase dos debates. *Data vênia*, no presente trabalho, discorda-se da ilustre doutrinadora, pois difícil e árdua será a missão da defesa em debater com o juiz e descaracterizar a prova por ele constituída, ainda mais sendo o próprio que irá julgar o caso em questão. Assim, não há como fugir do fato que ele estará tendencioso a julgar conforme o resultado obtido pela prova produzida por ele e não trazida por uma das partes e discutida pela outra.

Em contrapartida, levanta-se a hipótese da restrita iniciativa do juiz, através do princípio da paridade de armas, para que de uma forma efetiva possa dar um tratamento desigual aos desiguais e buscar um equilíbrio das partes no processo. Na realidade processual, verifica-se um Ministério Público melhor preparado, com todo o amparo do Estado contra um acusado que nem sempre tem um defensor que possa defender seus interesses, e quando possui, muitas vezes esse defensor não tem um bom preparo técnico, o que prejudica a defesa do acusado e a igualdade das partes dentro do processo.

Grinover ensina que a proposta estrutura de cooperação do processo penal deve ser filtrada pelo contraditório, que opõe de forma dialética as teses de acusação e de defesa, considerando a real desigualdade entre as partes e a necessidade imperativa de equilíbrio técnico e de posições jurídicas visualizados reciprocamente. Porém, o juiz para legitimar a própria jurisdição, deve zelar para que a desigualdade entre as partes não se transforme em uma desigualdade processual capaz de comprometer a sentença proferida por ele no final da persecução penal.

Assim sendo, seguindo o princípio da paridade de armas, a intervenção do julgador em favor do acusado deve ser considerada, devendo ser de forma moderada e ponderada. Mas, em

relação ao acusador, geralmente o Ministério Público, esta intervenção deve ser totalmente impedida, para que a desigualdade não se acentue ainda mais no processo.

O Código de Processo Penal brasileiro prevê, no seu artigo 156, dentre outros dispositivos, que o juiz pode produzir provas. Diante disso, Badaró ensina que

> (...) embora seja característica histórica do processo acusatório a inércia probatória do juiz, que tinha apenas uma função passiva em relação à atividade instrutória, tal aspecto não lhe é fundamental. A evolução de tal modelo, principalmente em decorrência de publicização do processo, fez surgir um processo que há clara separação de funções entre acusação, defesa e julgador, a despeito de o juiz poder ser dotado de poderes instrutórios. (BADARÓ, 2000, p.137).

Mesmo com a respeitosa lição de Badaró, vale lembrar que o Código de Processo Penal brasileiro data de 1941, período de uma política autoritária e alguns de seus dispositivos não estão em conformidade com os princípios constitucionais estabelecidos após a promulgação da Constituição da República em 1988.

Assim, o juiz deve ser destinatário da prova produzida no inquérito policial trazida ao seu conhecimento pela denúncia ou queixa-crime no inicio da ação penal, tornando-se sujeito de conhecimento destas. Tratando o juiz da produção de provas de ofício, ele se colocará como sujeito ativo na busca pelo conhecimento dos fatos que ele deduz existir decorrente de uma hipótese prevista por ele e que pretende ver confirmada. Dessa maneira, o juiz torna-se parcial, ferindo o princípio da imparcialidade que deve reger suas ações e decisões, e conseqüentemente, ferindo o sistema acusatório que prevê para o juiz a função de julgar baseado nos fatos trazidos ao seu conhecimento pelas partes, ponderando as teses e decidindo de maneira justa, com base nos princípios da moralidade e impessoalidade.

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO À LUZ DA LEI 10.792/03

O Princípio do Contraditório é um dos princípios mais importantes para a caracterização da predominância do Sistema Acusatório em um Estado Democrático de direito. Assim como a ampla defesa, o contraditório é previsto pela Constituição da República e nos principais tratados internacionais, que buscam aumentar as garantias individuais no tocante aos direitos humanos.

Dessa maneira, os Estados Democráticos atuais pautam suas políticas legislativas na possibilidade de um sujeito que está sofrendo algum tipo de acusação ou tem a imputação de um fato típico contra si, de se defender e contraditar todas as alegações feitas contra ele.

A maior característica do sistema acusatório é o princípio do contraditório, pois este caminha unido com a ampla defesa a fim de possibilitar uma persecução penal mais justa, igualitária, culminando em outro princípio democrático, denominado Princípio da Paridade de Armas que prevê a equidade entre as partes durante o processo.

É importante salientar que o princípio do contraditório está presente nas esferas penal, civil, administrativa, dentre outras, ou seja, aquele que se submete a um processo civil administrativo, por exemplo, pode-se valer do contraditório e da ampla defesa a seu favor. Já na esfera penal, a necessidade de se evidenciar este princípio denota um fator essencial de justiça, visto que envolve bens principais acerca do direito, como a vida e a liberdade. Sendo assim, é indispensável para o correto exercício da jurisdição, garantir o devido processo legal previsto no art.5º, LIV, da Constituição da República de 1988.

Grinover descreveu com máxima excelência sobre a correlação entre o contraditório e a ampla defesa, onde é assegurado pela Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LV, aos litigantes e acusados em geral. Segundo a autora,

> defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, portanto é do contraditório (num primeiro momento) que surge o exercício da ampla defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório" (GRINOVER, 2004, p. 90).

Evidencia-se com o conceito mencionado, que a defesa é garantida pelo contraditório e é através deste que ela é exercida.

O princípio em questão está inserido no capítulo de garantias individuais na Constituição da República, como já mencionado anteriormente, bem como ratificado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto de São José da Costa Rica, onde em seu art.8º e seus incisos, preceitua o direito de auto defesa do acusado e juntamente ter este

uma defesa técnica a sua disposição. Esta precisão legal ocorre devido ao Princípio do Contraditório, evidenciado no inciso I, do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[15] onde:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias legais e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ele ou para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista ou de qualquer outra natureza.

Nesta norma internacional que foi incorporada pelo direito pátrio através do dispositivo constitucional, demonstra o que foi mencionado anteriormente, que embora o contraditório tenha contornos mais evidenciados no âmbito de direito penal, ele está presente e, de maneira obrigatória, nos outros ramos do Direito.

Superando a questão da evidente classificação dos princípios do contraditório e da ampla defesa como garantias constitucionais, será feita uma análise sobre o desrespeito destes princípios dentro do processo e as suas conseqüências.

A ação penal segue o crivo do sistema acusatório, que além da superada discussão sobre a separação das funções de julgar e acusar dos sujeitos processuais, se caracteriza pela possibilidade do acusado se defender e atuar no processo como sujeito processual, com todos os direitos e garantias e não mais como um objeto do processo, como ocorria no sistema inquisitivo, onde ele era alocado no mesmo escopo das provas e das evidencias produzidas ficando à mercê dos posicionamentos do juiz inquisidor.

No atual Estado Democrático de Direito, o acusado tem o direito constitucional de se defender da melhor maneira possível, além de poder ter um defensor técnico, o advogado, capaz de defendê-lo perante o juiz. É de salutar relevância mencionar a forma que Grinover leciona sobre à auto defesa e defesa técnica[16], sendo esta última indisponível para o acusado, pois é essencial para o exercício dos direitos a ele garantidos pela Constituição.

Todavia, quando há a infringência ao direito de defesa, e conseqüentemente ao princípio do contraditório durante a ação penal, tal vício acarreta a nulidade absoluta do procedimento processual. Esse posicionamento tem sido ponderado pela melhor doutrina e, também, pelo Supremo Tribunal Federal que consideram mais pertinentes analisar o prejuízo causado pelo vício do procedimento ou pela falta de algum ato indispensável ao processo ou à

---

[15] Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8°, I.
[16] GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, As nulidades no processo penal. São Paulo. Revista dos Tribunais. 8°ed.,p. 92.

defesa do acusado que de alguma maneira, ficou prejudicada pela falta de possibilidade de autodefesa.

Considerando a análise acima, o próprio STF estabeleceu um posicionamento através da Súmula 523: *"No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"*.

O texto da súmula reflete a preocupação do STF com o Princípio do Contraditório, pois a falta de defesa enseja um atentado a esta importante garantia prevista ao acusado. Logo, a falta de defesa acarretará a nulidade absoluta da ação penal, assim como qualquer infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Porém, quando algum vício ou falta de algum ato processual acarretam algum tipo de deficiência à defesa do acusado, mas não um prejuízo irreversível, será considerada a nulidade relativa, desconsiderando somente aquele ato viciado e os atos decorrentes deste, cabendo a defesa provar o prejuízo.

Algumas decisões consideram nulidade absoluta a falta ou irregularidade da citação do réu, não somada pelo comparecimento do réu, visto que a citação do réu é de suma importância para que ele possa exercer o contraditório. Como exemplos destes julgados, temos JTACRIM, TACrimSP, 28/31, 44/75, 65/349 dentre outros. O STF também julgou sobre a ausência do acusado nos atos processuais como sendo causa de nulidade absoluta, pois durante esses atos, o acusado pode exercer a auto defesa e também o princípio do contraditório[17].

Embora, tenha-se observado que o acusado figura atualmente como sujeito do processo e não mais como objeto e que o princípio do contraditório possibilita a participação dele nos atos processuais, como uma maneira de exercer o princípio da ampla defesa através da autodefesa, discute-se, na doutrina, a respeito da participação do acusado na investigação realizada durante o inquérito policial. A discussão ganhou um contorno mais acentuado com a promulgação da Lei 10.792 em 2003.

O inquérito policial considerado um procedimento administrativo pré-processual que tem a finalidade de produzir provas suficientes para que o titular da ação penal, seja o MP ou o particular, possa ingressar no judiciário, iniciando a persecução penal. Esse procedimento tem características peculiares ao sistema inquisitório, pois é sigiloso, não-contraditório e pode ser instaurado de ofício pela autoridade policial. Seguindo este raciocínio, não se admite a participação do acusado durante o inquérito e este será considerado objeto do inquérito policial.

[17] Nesse sentido, RTJ 46/653 e 95/1.070.

Todavia, não é este o entendimento da melhor doutrina, pois dentro da prerrogativa do sistema acusatório, o acusado sempre vai figurar como sujeito processual, mesmo no interrogatório, pois a partir do momento recai sobre ele a suspeita de ter praticado algum ato tipicamente ilícito, ele é coberto das garantias individuais protetivas para resguardá-lo durante todo o trâmite do inquérito e de uma possível ação penal que se seguirá.

Mas em relação a sua participação durante o inquérito deve-se fazer uma análise mais minuciosa, pois durante este procedimento pré-processual, existe a fase de produção de provas através da investigação de evidências que poderão servir de pressupostos para a denúncia e a fase de oitiva do acusado pela autoridade policial, geralmente, pelo Delegado de Polícia. Naquela fase de investigação dos fatos, é predominante o entendimento que a participação do acusado é incompatível visto que pode haver adulteração ou destruição de provas ou de indícios que poderiam levar a um resultado mais eficiente da investigação. Por isso, acredita-se que o sigilo das informações acerca das provas a serem obtidas deve ser considerado para que não haja prejuízo para o inquérito e uma possível ação penal contra o suspeito que está sendo investigado.

Outrora, em relação ao interrogatório do indiciado feito ainda na delegacia, deve-se observar o preceito do artigo 6º, V, do Código de Processo Penal. O artigo remete para os dispositivos do mesmo código que trata do interrogatório judicial, que tem toda uma proteção para o acusado das garantias individuais presente no princípio do contraditório. Neste tocante, observa-se a discussão na doutrina sobre o paradoxo existente entre a natureza do inquérito, eminentemente inquisitório e a predominância do contraditório no interrogatório, que determina a caracterização pelo sistema acusatório.

Essa discussão acentuou-se com o advento da lei 10.792/03 que alterou os dispositivos que regulamentavam o interrogatório judicial propiciando às partes efetiva participação no interrogatório do acusado, fazendo perguntas e reperguntas no intuito de esclarecer fatos que não ficaram devidamente explicitados e, podendo a defesa, propiciar ao acusado, através de perguntas, mais uma maneira de produzir sua autodefesa.

Antes da promulgação desta lei, o interrogatório era ato exclusivo do juiz, e por analogia, ato da autoridade policial quando feito este na delegacia. Como é propiciado pelo art. 6º, V do Código de Processo Penal, às partes intervir no interrogatório do acusado durante o ato na ação penal, cabe afirmar que o advogado de defesa poderá assessorar o acusado durante o interrogatório na delegacia, inclusive tendo este o direito a entrevista prévia com seu defensor.

Entretanto, o fato das partes participarem junto com o acusado durante o interrogatório na delegacia é controverso, pois é evidente que quando o art. 6º, V do Código de Processo Penal faz remissão expressa ao art. 185 e seguintes deste mesmo código, consigna expressamente que as disposições do interrogatório judicial somente incidirão no interrogatório policial "*no que for aplicável"* (grifo nosso). Diante desse posicionamento, não caberia o princípio do contraditório no inquérito policial que, como já foi mencionado, é uma fase pré-processual, no que tange à possibilidade de existir uma relação dialética entre acusador e acusado, não se admitindo, por isso, as perguntas das partes durante o interrogatório.Mas isso não impedirá que durante a oitiva do acusado na delegacia, este tenha garantias constitucionais advindas dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como direito de permanecer em silêncio e ser cientificado dos seus direitos.

No sentido do inquérito policial não comportar o contraditório, tem-se o posicionamento do STJ:

> RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. USURA PECUNIÁRIA. INQUÉRITO POLICIAL. CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.
> 1. A natureza inquisitorial do inquérito policial não se ajusta à ampla defesa e ao contraditório, próprios do processo, até porque visa preparar e instruir a ação penal.
> 2. O sigilo do inquérito policial, diversamente da incomunicabilidade do indivíduo, foi recepcionado pela vigente Constituição da República.
> 3. A eventual e temporária infringência das prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, sem que se possa invocá-la para atribuir a nulidade ao feito inquisitorial. 4. Precedentes.
> 5. Recurso improvido. (STJ. DJU 24.09.01, SEÇÃO 1, P. 344, J. 19.06.01)[18]

Ultrapassada a questão anteriormente levantada, a Lei 10.792/03 realçou o princípio do contraditório em um ato processual que era exercido exclusivamente pelo magistrado. A referida lei alterou o dispositivo do art.185 e seguintes do Código de Processo Penal. Neste artigo, o legislador assegurou com que ao comparecer perante a autoridade judiciária, o acusado será qualificado e interrogado na presença do seu defensor. Ademais, no parágrafo 2º do mesmo artigo, salienta que ao acusado é assegurada a entrevista prévia com o seu defensor. "Esta regra deve ser entendida como aplicável a todo e qualquer interrogatório, por ser parágrafo do art. 185, que trata do interrogatório em geral" (GRINOVER, 2004, p. 101). Esse posicionamento vem ratificar a presença do princípio do contraditório e da ampla defesa através da autodefesa no interrogatório, mesmo aquele tomado ainda no inquérito pela autoridade policial.

---

[18] BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 11.124 – RS. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido (DJU 24.09.01)

Cabe ressaltar, que o contraditório abriga em seu conteúdo tanto o direito de participação como o de informação. Em relação a este último, o acusado tem direito a ser cientificado dos atos processuais, seja em audiência, perante o juiz ou através de citação, intimação ou notificação. Por isso, o próprio art.186 do Código de Processo Penal, que também foi alterado pela lei em questão, enseja que o acusado após ser cientificado do inteiro teor da acusação proferida contra ele, será informado sobre o direito constitucional de permanecer em silêncio, e complementa o parágrafo único deste artigo, que este silêncio não será valorado, nem como confissão nem como prejuízo a sua defesa, seguindo a garantia constitucional *nemo tenetur se detegere*, ou seja, ninguém é obrigado a produzir prova contra si durante o processo. O fato do acusado não ser cientificado sobre os atos processuais pode ensejar nulidade absoluta do procedimento penal, pois se trata de garantia constitucional.

Sendo o direito ao silêncio uma das principais manifestações deste princípio, será analisada sua aplicação no interrogatório, devendo ser informado ao acusado que o silencio em nada vai prejudicar a sua defesa, podendo inclusive ser uma forma de o seu defensor argüir defesa em sua tese com maior produtividade dentro do processo. Ademais, será sempre avaliada a utilização do princípio do *nemo tenetur se detegere* nas demais formas de produção de provas, principalmente naquelas que dependem da colaboração do acusado, visto que devem ser respeitados os direitos e garantias atribuídos a ele pela Carta Magna de 1988 e também, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois a violação destes para buscar a chamada "verdade real no processo" que tanto era perseguida pelos juizes do sistema inquisitivo, ferirá os princípios embutidos no sistema processual acusatório predominante nos principais Estados Democráticos de Direito, conforme discorre brilhantemente o mestre Prado:

> Da busca da "verdade real" renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a"racionalmente" extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência. (PRADO, 2006, p.83).

A participação do acusado é um direito que consiste na produção de prova pelo sujeito processual, ou através do exercício da sua própria argumentação durante a persecução penal. Esta possibilidade que ao acusado possui de produzir provas ou através de suas declarações e exercer sua autodefesa demonstrar a predominância do Contraditório na ação penal. Todavia, o fato de permanecer em silêncio em nada vai prejudicar a sua defesa, podendo, inclusive, ser mais uma forma de se defender, tecnicamente, com o auxílio do seu defensor, para que a tese defensiva tenha maior produtividade dentro do processo.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* será mais bem analisado e detalhado no capítulo IV, mas não se pode deixar de ressaltar o que reza o artigo 198 do Código de Processo Penal. Esse artigo não foi revogado pela lei 10.792/03, mas não tem mais nenhuma pertinência em existir e pode ser considerado, *in generis*, inconstitucional, pois como garante o art. 5º, LXIII, da Constituição da República de 1988, o acusado preso será informado que tem direito de permanecer calado. Vale lembrar, que este preceito constitucional é válido para todos os acusados, independentes de estarem presos acima suscitados no *art. 8º, II, g* da Convenção americana de Direitos Humanos de 1962, incorporada pelo direito pátrio através do decreto 678 / 92 que define "direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem declarar-se culpado."

Balizado no fundamento de Grinover, o silêncio do acusado na ótica da constituição assume dimensão de direito verdadeiro, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento.

Assim, pode-se afirmar que o direito ao silêncio é uma das prerrogativas prevista pelo Princípio do Contraditório, pois é uma garantia que o acusado possui para arquitetar sua defesa, seja esta técnica ou a autodefesa. Esse direito é observado na oitiva do acusado na delegacia ou em juízo e como foi frisado acima nas palavras da professora. Grinover, não pode haver nenhum tipo de pressão para que o acusado preste alguma informação. Havendo qualquer tipo de irregularidade ou vício no comportamento de algum suspeito processual ou de agente policial que enseje algum tipo de irregularidade e conseqüente declaração do acusado, esse ato processual será nulo, assim como todos os atos que decorreram da informação prestada pelo acusado, pois:

> (...) o vício transmite-se às provas derivadas (ou seja, às provas contra *reum* por este indicados no interrogatório irregular), invalidando-as também, exatamente como ocorre com o interrogatório prestado sob coação ou denúncias (GRINOVER, 2004, p.99).

Sobre o tema, consta em um dos julgados da 1ª Turma do STF, no HC 78.708 – SP que assentou:

> Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso de seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidos, assim como as provas derivadas.(RJ 168/977).

Mesmo reconhecendo que a falta de informações dos direitos pertinentes ao acusado, nesse julgamento a Turma do STF não reconheceu a nulidade e tomou posicionamento diferente ao que, de início, parecia propício a ter. Então ressalvou o STF que:

> (...) em matéria de direito ao silêncio e a informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação da sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la; a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito de manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.[19]

Através da análise desse julgado da 1ª Turma do STF de São Paulo, verifica-se que o acusado demonstra interesse em produzir prova oral e, por isso, a falta de informação sobre o direito de permanecer em silêncio não vai afetar a defesa e nem acarretar prejuízos a ela, não sendo passível de nulidade o ato processual. Este posicionamento é bastante peculiar, pois é evidente na doutrina que a falta de informação que fira o direito ao silêncio fere o princípio do contraditório e gera nulidade do ato.

Sendo assim, as alterações trazidas pela Lei 10.792/03 para a matéria do interrogatório foram bastante relevantes para ratificar o princípio do contraditório durante a execução deste ato processual de suma importância para o acusado e para a sua defesa. Destarte, a participação das partes durante o interrogatório foi uma outra inovação primordial para que o acusado faça declarações essenciais para demonstrar a sua inocência, o que demonstra, oportunamente, o contraditório assegurado durante a persecução penal. Porém, o direito ao silêncio que foi elevado à categoria de uma garantia constitucional não pode prejudicar o julgamento do acusado e nem valorar o convencimento do juiz, devendo ser considerado como mais uma forma de defesa, permitida pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

[19] Habeas Corpus 78.708-SP 1° Turma STF 168/977.

CAPÍTULO 4

NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

O interrogatório é um dos atos processuais mais importantes da persecução penal e é através dele que o acusado prestará sua versão sobre os fatos a ele imputados, podendo detalhar as informações de forma minuciosa a fim de convencer o juiz de sua inocência. Este ato está disciplinado no título "*das pr*ovas", no capítulo II, a partir do art.186 do Código de Processo Penal.

Após o aceite do juiz da denúncia ou queixa crime, este cita o réu com data e hora marcada para que ocorra a oitiva do mesmo. No mesmo momento, ele notificará o Ministério Público e um seu possível assistente, e se for o caso de ação privada, o querelante.. Todavia, o acusado poderá ser ouvido a qualquer momento caso ele queira esclarecer algum fato pertinente a ação penal. Logo, durante a ação penal, existe um momento certo que o acusado será interrogado que é após a aceitação da peça inicial da ação, mas durante o curso do processo, este poder ser novamente interrogado a prestar maiores esclarecimentos a qualquer tempo, seja por iniciativa própria, pois é um direito que ele tem, ou iniciativa própria, pois é um direito que ele tem, ou por solicitação do próprio juiz.

A modalidade de interrogatório citada até o momento é denominada de interrogatório judicial. No entanto, não é a única espécie prevista pela legislação pátria, visto que no momento que aceita de um crime é preso em flagrante delito e é levado até uma delegacia, ele será ouvido pela autoridade policial. Existem algumas diferenças e particularidades entre as duas modalidades que serão demonstrados durante o desenrolar da dissertação.

O interrogatório possui algumas características próprias que merecem ser analisadas de maneira mais detalhada, possibilitando um melhor entendimento sobre este ato processual. A primeira característica seria a da oportunidade, ou seja, o acusado deverá sempre ser ouvido dentro das hipóteses previstas pela lei. Sendo na fase pré-processual, após uma prisão em flagrante, durante o inquérito policial ou após a apresentação daquele que teve a prisão preventiva decretada antes do encerramento da fase investigatória, o sujeito processual será ouvido pela autoridade policial. Em juízo, a oportunidade prevista em lei par o acusado ser interrogado é após o recebimento da denúncia ou queixa-crime, ou em plenário do Tribunal do Júri, ou até mesmo, no Tribunal, quando do julgamento de uma possível apelação. Porém, como já foi mencionado acima, o acusado tem o direito de ser ouvido pelo juiz ou órgão julgador sempre que tiver novos esclarecimentos a serem dados, sendo estes pertinentes para o julgamento do caso, ou sempre que se apresentar em juízo e o magistrado entender que as declarações deste poderão agregar para o desfecho do processo. Segundo entendimento do STF, o acusado pode ser interrogado mesmo após a sentença condenatória já ter sido proferida, desde que não tenha transitado em julgado, o que demonstra a importância conferida a esse ato processual.

Outra característica relevante é a oralidade do ato, pois durante a oitiva do acusado , o tom de voz e as suas variações, os gestos, a expressão facial podem sinalizar para o juiz alguma informação além daquelas prestadas pelo sujeito que está sendo ouvido. Em relação a

essa característica existem alguns pontos a serem observados, sendo o primeiro, a questão do interrogatório do surdo, do mudo ou do surdo-mudo. No caso do primeiro, este receberá as perguntas por escrito e as responderá oralmente. Ao mudo, as perguntas serão feitas oralmente e as respostas serão dadas por escrito. No caso do surdo-mudo, perguntas e respostas serão dadas por escrito. Sendo o acusado também analfabeto uma terceira pessoa, sob compromisso de seriedade e idoneidade, será habilitada como intérprete.

Outra problemática é o caso do estrangeiro que não entende e não fala o idioma nacional. Nesse caso, será utilizado um intérprete que não tenha interesse na ação penal, sendo de confiança do juízo para que traduza as declarações do acusado. Um detalhe importante é que mesmo o juiz sabendo falar o idioma do estrangeiro acusado, ele deverá utilizar o intérprete, pois o Código de Processo Penal assim determina.

Ademais, mesmo sendo a oralidade uma característica do interrogatório, o acusado tem o direito de permanecer em silêncio durante todo o interrogatório e como já foi ressaltado em outras oportunidades, este silêncio não poderá ser valorado pelo juiz, e muito menos importará em confissão por parte do acusado. Esse direito do acusado já era previsto na Constituição da República e também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que ocorreu em São José da Costa Rica, e com o advento da lei 10.792/03, foi trazido para o Código de Processo Penal, especificamente no tocante ao interrogatório. Assim, se o acusado decidir responder aos questionamentos feitos durante a oitiva, as respostas deverão ser dadas oralmente ao juiz, mas nada impedirá de permanecer em silêncio.

O interrogatório é um ato necessário ao processo e a própria lei determina que quando o acusado comparecer perante a autoridade judiciária, ele será qualificado e interrogado, inclusive na presença do seu defensor.A necessidade desse ato se faz pois é decorrente da oitiva do acusado que o juiz o conhecerá e é a oportunidade que a parte tem de relatar suas versões sobre os fatos que estão sendo a ele imputados e fazer sua autodefesa. Ou então, pode calar-se, por orientação do seu defensor, como estratégia para sua defesa técnica.

No sentido de ser o interrogatório um ato processual necessário, o STJ se posicionou da seguinte maneira:

> E M E N T A- HABEAS CORPUS - PACIENTE INIMPUTAVEL - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANCA - PRETENDIDA ANULAÇÃO DO PROCESSO-CRIME POR AUSÊNCIA DO INTERROGATORIO JUDICIAL - NULIDADE RELATIVA – ATO PROCESSUAL NÃO REALIZADO EM FACE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO ACUSADO - INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA.O interrogatório judicial, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe reconheça - "meio de prova, meio de defesa ou meio de prova e

> de defesa" - constitui ato necessário do processo penal condenatório, impondo-se a sua realização, quando possível, mesmo depois da sentença de condenação, desde que não se tenha consumado, ainda, o trânsito em julgado. (STF. – Habeas Corpus- nº 68131-j. 18/09/1990)[20]

Independentemente da estratégia a ser usada pelo acusado, é o fato que o interrogatório é termo essencial do processo. Sendo de conhecimento do juiz, o lugar onde o acusado é encontrado, deve-se intimar este para que compareça em juízo para ser ouvido, visto que: "*não pode o magistrado sentenciar o feito sem interpor o réu, não sendo este rev*el". A supressão do interrogatório gera a nulidade do processo, devido à obrigatoriedade do jeito e, também da supressão de um ato que pode ser utilizado pelo acusado para contraditar os fatos a ele imputados e defender, o que fere os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Este ato processual é público, assim como todo o processo deve ser de conhecimento da sociedade. A publicidade do interrogatório ratifica e comprova que o acusado prestou todas as declarações de forma espontânea, sem nenhum tipo de pressão a tortura por parte das autoridades policiais, demonstrando que forma respeitados os direitos e garantias inerentes ao acusado. Ademais, com o advento da lei 10.732/03, o acusado poderá ter sempre a companhia do seu defensor durante o interrogatório. Sendo um ato público, inclusive com a presença do advogado evidencia-se que está presente o princípio do contraditório e da ampla defesa durante o interrogatório judicial.

Entretanto, existem algumas exceções que impedem que o interrogatório seja público pois pode resultar em escândalo social, em perigo de perturbação da ordem pública ou causar algum inconveniente grave, de difícil reparo posterior. Diante desses fatos, o interrogatório será efetuado com portas fechadas, na presença obrigatória do defensor e com um número limitado de pessoas assistindo, conforme preceitua o artigo 792 § 1º do Código de Processo Penal:

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

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus- nº 68131-j. RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO (DJU 18.09.90).

.

Ocorrendo de alguma maneira, a confissão do crime pelo acusado durante o interrogatório, a publicidade do ato ratifica que esta não foi influenciada e, muito menos, imputada a ele pela autoridade que seta conduzindo o ato processual.

O interrogatório tinha como característica a judicidade que determinava somente a intervenção exclusiva do juiz formulando perguntas ao acusado. Sendo assim, não se permitia a participação do Defensor e do Ministério Público durante o ato, não possibilitando o exercício do Princípio do Contraditório.

Com a mudança do capítulo pertinente ao interrogatório devido à promulgação da lei 10.792/03, as partes processuais passaram a ter a prerrogativa de participar do interrogatório, formulando inclusive perguntas ao acusado após o juiz terminar de efetuar as dele. Além disso, o advogado de defesa poderá assessorar o seu cliente em um prévio contato antes do ato processual, realizado em local reservado.

Diante dessas mudanças trazidas pela mencionada lei o ato deixou de ser privativo do juiz, passando a admitir o contraditório com a participação ativa do Defensor e do Ministério Público durante a oitava do acusado. Todavia, muitos autores preconizavam como característica do interrogatório, o fato dele ser ato privativo do juiz e do acusado, complementando que nem o Defensor deste e nem o membro do Ministério Público poderiam intervir, limitando-se apressar a assisti-lo. Fato que deve ser admitido, a priori, que o interrogatório é um ato personalíssimo e as declarações deverão ser prestadas e exclusivamente pelo acusado de ter cometido os atos ilícitos tipificados. Todavia, como já foi abordada nos parágrafos anteriores, a lei 10.792 de 2003 trouxe importantes mudanças para o interrogatório inclusive no tocante a forma procedimental e participação de sujeitos além de juiz.

Com a introdução do Princípio do Contraditório a esse ato processual, o legislador permitiu que o acusado pudesse ter mais essa oportunidade de demonstrar sua tese defensiva, inclusive com o apoio técnico do seu Defensor, pois é durante este ato que a defesa formulará indagações relevantes ao acusado que não formam feitos pelo juiz. Ressalta-se que a participação do Defensor é no intuito de fazer ou refazer perguntas que vão enfatizar a tese da defesa e demonstrar a não culpabilidade do imputado. O autor da ação penal – Ministério Público – terá também a prerrogativa de participar do interrogatório ativamente, fazendo perguntas com o intuito de esclarecer alguns pontos que ainda geram impasses sobre a autoria do crime ou detalhes sobre conduta do sujeito. Porém, cabe salientar, mais uma vez, que somente o acusado pode responder as indagações do juiz do defensor e do Ministério Público,

mas ele pode usufruir o direito ao silêncio, decidindo não responder aos questionamentos, sem que isso influencie ao julgador em sua decisão.

Em relação à obrigatoriedade da presença do defensor durante o interrogatório, a 1° Turma do TRF se manifestou da seguinte maneira:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO. PRESENÇA DE ADVOGADO. INTERROGATÓRIO DE CO-RÉU. INCRIMINAÇÃO DOS DEMAIS. AUSÊNCIA DO DEFENSOR. NULIDADE DOATO.
> 1. O interrogatório do acusado dar-se-á "na presença de seu defensor, constituído ou nomeado" (art. 185 - CPP, com a redação da Lei nº 10.792/2003). Se, no interrogatório ou reinterrogatório, um co-réu incrimina outro, esse depoimento equivale a um testemunho, devendo ser tomado na presença dos defensores dos co-réus, sob pena de nulidade por ofensa ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. 2.Concessão da ordem de habeas corpus (TRF 1ª REGIÃO. DJU 25.02.05, SEÇÃO 2, P. 15, J. 15.02.05).[21]

Ultrapassando as principais características do interrogatório, sem esgotar o tema, pois não é essa a intenção do presente trabalho, será abordada adiante a problemática da natureza jurídica do interrogatório, que possui algumas posições controversas na doutrina pátria.

A lei 10.792/03 dirimir um tanto quanto essa calorosa discussão e norteou grande porte da doutrina e toma um posicionamento que no caso de alguns autores é totalmente diverso ao que possuíam anteriormente à promulgação desta lei. Esta, como já foi exaustivamente mencionada durante esta dissertação, introduziu o Princípio do Contraditório e, conseqüentemente o da ampla defesa no interrogatório judicial, permitindo que o advogado de defesa possa ter contato com seu cliente previamente ao interrogatório, que tanto o Defensor como o Ministério Público formule perguntas ao acusado a fim de esclarecer algum fato pertinente e relevante ao processo e que o acusado tenha direito a permanecer em silêncio durante todo o interrogatório, sendo esse ato estendido não mais do que uma técnica de defesa, não podendo ser considerado como confissão e nem valorado pelo juiz no momento da sentença.

Sendo assim, a controvérsia sobre a natureza jurídica do interrogatório consiste na atribuição dele como meio de prova, meio de defesa ou até mesmo, como tendo natureza mista, sendo meio de prova e, também, meio de defesa. Admiti-se ainda, considerando a natureza mista, que o interrogatório não seja meio de prova, mas sim uma fonte de prova e também meio de defesa.

---

[21] BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª REGIÃO - HABEAS CORPUS Nº 2004.01.00.055866-5/AC. Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes. DJU 25.02.05, SEÇÃO 2, P. 15, J. 15.02.05.

4.1 – Interrogatório como meio de prova

Os doutrinadores que atribuíam ao interrogatório a natureza jurídica de prova baseavam-se, basicamente na vontade exteriorizada do legislador que inclui este ato processual, de inestimável importância, no capítulo III, do título VII, que trata das provas no processo penal. Para esses autores, o acusado por ser parte da ação penal deixe contribuir de maneira imprescindível para elucidação dos fatos que foram trazidos ao processo pela acusação e suas declarações devem ser compostas de afirmações fáticas que serão usados dentro do processo, para contribuir na formação do convencimento do juiz e, conseqüentemente, influenciar no momento que ele for preferir a sentença.

Conforme esse entendimento do interrogatório, deve-se ouvir tudo que possa ser utilizado para esclarecer os fatos e as declarações do acusado pois estas fornecem ao julgador elementos importantes que podem funcionar como provas ou ensejar novos indícios que serão observados e poderão se transformar em importantes e imprescindíveis provas para o julgamento do acusado.

No entanto, para os que defendem esse posicionamento, sempre foi colocada a questão do acusado não prestar declarações verdadeiras durante o interrogatório, visto que, diferentemente das testemunhas, ele não tem compromisso com a verdade. Porém, para os defensores dessa tese, o juiz deverá dirigir o processo de modo a alcançar a verdade do acusado, através de questionamentos inteligentes e capazes de aferir declarações verdadeiras do mesmo, além da observação dos gestos, movimentos, expressões que são capazes de demonstrar indícios de que o interrogado está ou não mentindo em juízo. Mas:

> *(...) é preciso não se olvidar que existem depoimentos que pela precisão certeza do relato, descrição dos fatos, não deixa a menor dúvida quanto à autenticidade da versão produzida. Não será apenas, uma prova ou um indicio em geral, que marcará o convencimento do juiz, mas múltiplas provas e pela credibilidade que possam produzir".*(CHIMENTI, 1995, p. 122)

O interrogatório, por si só, pode constituir uma prova essencial para decisão do juiz, mas geralmente, o juiz se baseia pelo conjunto probatório existente nos autos. Todavia, o relato do réu pode ensejar uma inspiração, oportunidade ou até uma fonte importante para desvendar o fato, mesmo que seja através de outros meios de prova.

Durante esse ato processual não são observados somente o que o sujeito processual que está sendo inquirido declara, mas tudo o que é exteriorizado por ele é levado em

consideração, como foi mencionado acima. Embora, esses gestos, expressões, dentre outros indícios não sejam levados a termo durante o interrogatório, eles são observados pelo juiz e são valorados para a formação do convencimento interno do juiz, por isso *"o contacto frente a frente com o juiz e réu, é de suma importância para valorar a prova no seu todo"*. (CHIMENTI, 1995, p. 124).

Nessa esteira, afere-se que a contribuição do acusado durante o interrogatório importa em uma pesquisa autêntica dos fatos, visto que a ele são atribuídos tais fatos que precisam ser provados. Logo, as suas declarações importam inigualável valia para provar a veracidade ou não dos fatos atribuídos a ele, evitando o iminente risco de uma decisão precipitada e injusta contra o sujeito.

Por isso, com a efetiva contribuição do acusado durante o interrogatório para obtenção de importantes provas para o processo, obtêm-se decisões com resultados mais juntos através de sentenças mais firmes e certas devido à colaboração do próprio acusado interessado no desenrolar dos fatos atribuídos a ele.

Como já mencionado, antes da promulgação da lei 10.792/03, diversos autores atribuíam ao interrogatório a natureza jurídica de meio de prova como por exemplo, Camargo Aranha e Grinover que posicionam de forma que:

> (...) em prol do Princípio da Busca da Verdade Real e em atenção aos princípios constitucionais do processo legal moderno, melhor seria que nessas circunstâncias o interrogatório fosse realmente visto como meio de prova, exigindo observância ao Princípio do Contraditório e Ampla Defesa, uma vez que inválida é a prova produzida sem a presença das partes. (GRINOVER, 1992, p. 66).

Todavia, após o advento da referida lei, alguns autores, como a própria Grinover, re-avaliaram seus posicionamentos em relação ao interrogatório, atribuindo a ele natureza jurídica de meio de defesa ou a natureza mista, como meio de defesa e meio ou fonte de prova, como defende Nucci, dentre outros.

No entanto, alguns novos autores, através de artigos em sites especializados em Ciências Criminais, defendem a tese de natureza jurídica do interrogatório como prova, mesmo após ter sido instituída a Lei 10.792/03. Dentre estes, Anderson Claudino da Silva atribui às alterações trazidas pela lei uma forma de ratificar tal natureza. Afirma o autor que a lei "*aprofundou a escolha pelo interrogatório-prova, possibilitando, inclusive o questionamento indireto pelas partes pela expressa previsão do art.188 em sua nova redação*".(SILVA, 2004, p. 3)

Observa-se, também, que o fato do Defensor e do Ministério Público poder participar deste ato processual, que antes era exclusivo do juiz, possibilitou mais uma oportunidade de se buscar provas que poderão ser essenciais para o desfecho da persecução penal, visto que se vislumbra, "*o Ministério Público buscando o re-interrogatório e, assim, conseguindo informações sobre a culpabilidade ou identidade dos outros co-autores do delito, talvez até para inculpar o réu das acusações primeiramente declaradas*".(SILVA, 2004, p. 4)

Embora o posicionamento acima mencionado, ainda tenha defensores na doutrina, como Anderson Claudino, devido às inovações trazidas pela Lei 10.792/03 estes são encontrados de maneira pontual, pois de fato, a doutrina majoritária tende a ter um posicionamento diverso, classificando o interrogatório como meio de defesa e os argumentos utilizados por ela serão, mencionados adiante.

4.2- Interrogatório como meio de defesa e meio de prova (ou fonte de prova)

Os doutrinadores que defendem que o interrogatório enseja uma natureza jurídica mista enfrentam dois debates, sendo que o primeiro acerca da própria classificação da natureza jurídica pois eles optam por atribuí-la um caráter misto e o segundo em torno da determinação se é meio de prova ou fonte de prova. Para se entender melhor tal discussão, deve-se analisar a distinção entre meio e fonte de prova. O autor do artigo Teoria Geral da Prova Real, escrito em um site especializado em Ciências Criminais, Cecílio da Fonseca Vieira Ramalho Terceiro, entende por fontes de prova *"aqueles fatos que deverão ser conhecido e percebido pelo juiz, pois a fonte nasce ou brota, quando a circunstância a qual deu caso ocorre"* e meios de prova como *"elemento constitutivo da prova e a materialização da conduta humana em reunir em várias espécies de prova no bojo processual, ou seja, são recursos utilizados para a produção judicial da prova" (*TERCEIRO, 2005, p.3)

Quando os autores consideram que o interrogatório é meio de defesa e fonte de prova, eles pretendem caracterizar o ato processual como uma forma que o acusado tem de apresentar ao juízo a sua versão sobre os fatos a ele atribuídos, demonstrando sua inocência. Ou seja, o acusado está exercendo através do interrogatório, o exercício da autodefesa, que é atribuído a ele pelo Princípio da Ampla Defesa e, também do contraditório. Assim, este ato teria a principal função de permitir ao acusado que se defenda perante o juiz. Entretanto, os defensores desse posicionamento admitem que o interrogatório do acusado possa servir de

fonte para a produção de alguma prova superveniente contra ou a favor for acusado. Para eles, a defesa seria a função primordial do ato processual, mas não impede que das declarações advindas do acusado durante o interrogatório possam surgir circunstâncias que possibilitem ao juiz inferir ou identificar algum fato que se coadunará em provas no curso do processo.

Porém, para aqueles que adotam o interrogatório como sendo meio de defesa e meio de prova admitem a duplicidade de fato deste ato processual e com isso, durante a oitiva do acusado, toda a informação passada por ele poderá ser valorada como uma forma de autodefesa ou ser utilizada como prova contra ou a favor dele - uma prova que ajudaria na defesa, o que – caracteriza também uma espécie de autodefesa do acusado.

Embora tenha se colocado uma breve diferenciação entre meio e fonte de prova, a discussão sobre a natureza jurídica mista de interrogatório ultrapassa tal questão conceitual, o que se analisa, de fato, são os argumentos que os doutrinadores utilizam para defender esse posicionamento.

Entre os principais autores, que se posicionam no sentido da natureza mista do interrogatório está Nucci, Tornaghi, Grecco Filho, dentre outros. O entendimento deles é que no momento que o acusado está oferecendo sua versão sobre determinado fato, exercendo sua autodefesa, o juiz está observando-o para colher outros elementos que serão considerados para sua decisão e, conseqüentemente, aplicação de uma pena.

O direito ao silêncio, que já existia preceituado na Constituição da República de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, foi especificado, literalmente, no interrogatório pela lei 10.792/03. Com essa não resta nenhuma dúvida sobre a prevalência dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa no mencionado ato processual. Assim, o silêncio não pôde mais ser valorado e entendido como uma forma de confissão do acusado. Contudo, se o acusado dispõe do direito ao silêncio e decide prestar declarações sobre os fatos, além de exercer seu direito de autodefesa, ele poderá constituir alguma espécie de prova perante o juízo.

Outro ponto relevante em relação à referida lei é em relação à participação das partes durante o interrogatório, assim como a do defensor técnico do acusado, que não é parte, mas deve ter presença obrigatória no ato processual. Quando o legislador abriu o precedente para que o Defensor pudesse fazer perguntas para o acusado, permitiu que o membro do Ministério Público assim também fizesse, e enquanto o advogado de defesa busca elaborar as perguntas pertinentes que demonstrem a inocência do interrogado, *in contrario sensu*, o Ministério

Público elaborará as que servirão para demonstrar a culpa deste, ratificando sua tese da peça inicial.

Assim sendo, mesmo com as inovações trazidas pela lei 10.792/03, para essa parte da doutrina, a natureza jurídica do interrogatório será mista, independente se como meio de defesa e fonte de prova ou meio de defesa e meio de prova. O importante para os defensores desta tese é que embora o sujeito processual que está sendo acusado tenha direito ao contraditório, a ampla defesa, ao silêncio que deriva do Princípio do Contraditório, dentre outros direitos, durante o interrogatório, pode-se constituir prova contra o acusado, pois serão avaliados pelo julgador as declarações, os gestos, as expressões e outros sinais que poderão ensejar em uma prova pertinente para o desfecho do caso e uma sentença condenatória ou absolutória.

Mossim se posiciona de forma brilhante acerca do caráter misto da natureza jurídica do interrogatório e afirma que:

> (...) independente da colocação topográfica do instituto do interrogatório no Código de Processo Penal, a verdade imutável mostra-se no sentido de que o juiz pode com base nele decidir a lide, principalmente contra o réu quando ocorre a confissão, mas nele integrada, elevando-se quase sempre o elemento capaz de permitir ao magistrado o acolhimento do pedido condenatório; da mesma forma que o está sua negativa quanto à prática delitiva. Portanto, sem qualquer dúvida, por mais remota que seja o interrogatório, além de meio de defesa, constitui-se em considerável meio probatório. (MOSSIM, 1998. p.235)

Ocorrendo a confissão durante o interrogatório, a classificação de sua natureza poderia ser, também, meio de prova. No entanto, o verdadeiro intuito deste ato processual é proporcionar ao acusado o exercício da autodefesa, não podendo, por isso, prosperar a tese de que a natureza jurídica do interrogatório é meio de defesa e meio de prova.

4.3- Interrogatório como meio de defesa

Mesmo diante do posicionamento dos ilustres autores mencionados anteriormente, defende-se neste trabalho de monografia a tese de que o interrogatório possui natureza jurídica de meio de defesa pelos motivos que serão expostos a seguir.

A doutrina majoritária entende que essa tese é a que melhor define a natureza desse ato processual, visto os direitos e garantias que a Constituição da República promulgada em 1988 atribuísse ao acusado, além daqueles que foram absorvidos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992 através do preceito do art.5º, §3º, CR/88. Ratificando tais direitos e garantias, principalmente as advindas do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, no âmbito do interrogatório, foi promulgada a lei 10.732/03 que trouxe inúmeras e profundas modificações para este ato processual.

José Corrêa de Carvalho, no seu artigo "As inovações no interrogatório no processo penal, as cinco alterações mais significativas introduzidos pela lei foram a:

> (...) necessidade de citação pessoal do réu preso; modificação quanto a regra do local de realização do ato do interrogatório; adequação constitucional à interpretação quanto ao direito de silêncio: a necessidade da presença do advogado, com possibilidade da entrevista prévia reperguntas pelas partes; e, extinção definitiva da figura do curador ao réu menor de 21 anos (CARVALHO, 2004, p. 3)

O ato pelo qual é dada ciência ao acusado, no início da ação penal, de que contra ele se movimenta essa ação, chamando este a comparecer em juízo, ver-se processar e fazer a sua defesa denomina-se citação (ESPÍNOLA FILHO, 2000). Embora existam algumas modalidades de citação, em relação ao acusado que se encontra preso, a lei 10.792/03 alterou o artigo 360 do Código de Processo Penal determinando que este preso deve ser pessoalmente citado. Esta alteração foi motivada, pois a redação do art.360 levava a uma interpretação equivocada da citação que deveria ser feita o que prejudicava àquele que estava preso. Muitos doutrinadores e juízos criminais entendiam que oficial de justiça não precisava citar diretamente preso, mas somente informar autoridade carcerária da necessidade de conduzir o preso até o local do interrogatório, no dia e horário determinado.Assim o acusado preso só ficava ciente que seria interrogado no mesmo dia do ato processual. Dessa maneira, não tinha a possibilidade de conversar com o advogado anteriormente e nem articular com seu defensor técnico a melhor maneira de exercer sua autodefesa, o que prejudicava significantemente sua defesa e feria o Princípio da Ampla Defesa.

Segundo a melhor doutrina, deveria ser antes da revogação, ser feita a citação ao acusado sobre a necessidade dele ser interrogado, informando a data e hora e comunicar a autoridade carcerária que conduziria o sujeito, visto que ele não tem como comparecer espontaneamente. Para que não restassem mais dúvidas a respeito da citação, o legislador alterou o art.360, do Código de Processo Penal, instituindo uma citação direta do acusado. No

caso de violação de direito a ser citado, que o acusado possui, gerará como conseqüência a nulidade absoluta do processo.

Como foi mencionado acima, a lei 10.792/03 ratificou e evidenciou que o acusado tem como direito ao silêncio e de ser comunicado a respeito dessa garantia constitucional. O direito ao silêncio deriva de um princípio conhecido como *"nemo tenetur si detegere*" que traduzido literalmente significa *"nada a temer por se deter".* Este princípio também é conhecido por Princípio da Não-Incriminação.

A doutrina majoritária entende que a partir do momento que o acusado é preso, deve-se adverti-lo de que ele possui alguns direitos, dentre estes, o de não se auto-incriminar (GRINOVER, 2004, p. 73). Essa advertência deve ser efetuada mesmo que o acusado não vá prestar declaração de imediato, pois evita que ele posse alguma informação que possa vir a prejudicar a sua defesa técnica posteriormente.

Ademais, em princípio ratifica que o ônus de provar a culpa daquele que está sendo acusado é do autor da ação penal, no caso da ação penal pública, é do Ministério Público e da ação penal privada é do querelante. Sendo assim, o acusado tem a prerrogativa de não produzir provas contra si mesmo e, de maneira mais específica, de ficar em silêncio, nem respondendo as perguntas que lhe são jeitos durante o interrogatório. Neste caso, a autoridade se limitará a informar ao acusado acerca do direito de não responder as perguntas que lhe forem formuladas sem fazer nenhuma referência que venha a estimular ou desestimular o acusado a exercer o direito ao silêncio, alertando-o inclusive que este direito não lhe acarretará prejuízos a sua defesa. (COLTRO, 1996).

Conforme ensinamento de Grinover, "o acusado, sujeito de defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova". Assim, infere-se que o direito ao silêncio presente na Constituição da República de 1988 e reforçado pela lei 10.792/03, surge como mais uma oportunidade que o acusado tem de autodefender, visto que na relação processual, esta é a parte mais fraca diante do amparo do Estado que o Ministério Público traz consigo. Completa a referida autora que: *"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"* (GRINOVER, 2004, p.96).

Mesmo com o Código de Processo Penal fazendo alusão ao acusado preso, os direitos e garantias se estendem ao acusado que estiver em liberdade, inclusive quanto ao direito ao silêncio, no interrogatório, considerado por Grinover (idem, p. 97), como *"momento maior da*

autodefesa". Por isso, não se deve haver pressões para que o acusado preste declarações ou responda perguntas durante o ato processual, inclusive pelo próprio texto do artigo 186, do Código de Processo Penal, que foi revogado pela lei 10.792/03, que reza na parte final do caput que o juiz informará ao acusado antes de iniciar o interrogatório, do direito de permanecer calado e não responder as perguntas que forem formuladas, e no parágrafo único do mesmo artigo que explicita que o silêncio não importará em confissão e não trará prejuízos para a defesa do acusado.

Demonstra-se, assim, que alterações trazidas pela lei 10.792/03, introduziram explicitamente o direito ao silêncio no ato do interrogatório, e com isso, demonstrou que o fato do acusado se recusar a responder as perguntas feitas durante o ato não se condena e, uma espécie de confissão, mas sim, em uma técnica de autodefesa, muitas vezes instituída pelo defensor técnico, para contribuir com a tese defendida durante a instituição. Assim, o direito ao silêncio durante o interrogatório serve para demonstrar que a natureza jurídica deste ato processual é meio de defesa, e Grinover, que antes o considerava como meio de prova, muda seu posicionamento e explica tecnicamente que:

> (...) 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 entende melhor, falando ou calando-se. O direito ao silêncio é o selo que garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa. (ibid, p.96).

Entretanto, pela disposição legal, é obrigatória a comunicação ao preso do direito que ele possui em permanecer em silêncio e não responder às perguntas que lhe forem formuladas durante o interrogatório. Salienta Nuvolone (1962) que a advertência deverá ser formulada antes de todos os interrogatórios, pois se não revogada uma informação quanto ao direito ao silêncio do acusado, pode parecer que no interrogatório a que está sendo submetido, ele não tem direito a permanecer em silêncio. Conforme ensina Grevi, a renovação da advertência em todos os atos de interrogatório assegura a transparência na relação entre acusado para exercer sua autodefesa.

No entanto, quando não é comunicado ao acusado o direito ao silêncio que ele possui, cria-se um vício neste ato que ensejará em nulidade absoluta do ato e dos subseqüentes, em uma primeira análise. Todavia, ressalta-se a necessidade de se apreciar as conseqüências que essa falta de informação ao acusado sobre a possibilidade dele permanecer em silêncio trouxe ao processo.

Se o ato viciado provocou prejuízo para toda defesa do acusado, devido ao sacrifício da autodefesa deste, verifica-se uma conseqüência mais gravosa para o acusado, o que determinará a nulidade de todos os atos processuais posteriores ao interrogatório, inclusive tornando este nulo também. Porém, após fazer a análise, se verificar que a falta de informação não prejudicou a defesa como um todo, ou seja, se as declarações feitas pelo acusado, devido à falta de conhecimento que poderia não prestá-las, não contaminaram o restante dos atos que ocorreram "*a posteriori"* no processo, mas somente atingiram o interrogatório, não há que se falar em nulidade absoluta, mas somente do ato que não foi feito conforme as determinações legais. No caso de provas derivadas das informações prestadas no primeiro interrogatório, estas também deverão ser desconsideradas.

O STF, entretanto, não reconheceu a nulidade da falta de informação ao direito ao silêncio quando do julgamento do HC 78.708-SP (RTJ 168/977), ressalvando que

> em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre a do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la, a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito de manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.

Ressalta-se que mesmo sendo obrigatória a comunicação, é necessária uma análise do caso concreto, como já foi ressaltado, e por isso, nas situações em que haja a inexistência de informação sobre o direito de ficar calado, o acusado pode não ter respondido as perguntas ou respondendo, ter negado todos os fatos a ele imputados, não trazendo prejuízos a sua defesa. Nesse caso, o interrogatório não trouxe elementos contra o acusado e, por isso, não há de se falar em nulidade do ato. O STJ, também decidiu em julgamento do HC 1.452-1- GO, TJU 21/09/1992, p.15.699, que a omissão quanto à informação de que o preso podia permanecer calado não é motivo de nulidade ao outro da prisão em flagrante. Mesmo assim, a doutrina majoritária defende ser obrigatória a informação, pois a falta desta fere o Princípio do *"nemo tenetur si detegere"* e, também, o princípio da ampla defesa.

Outra importante conseqüência do surgimento da lei 10.792/03 foi a possibilidade da participação do Advogado do acusado e do membro do Ministério Público durante o interrogatório judicial. Esta inovação embutiu de vez o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa neste ato judicial, aumentando de maneira significante, a possibilidade do acusado se defender. Cabe salientar, que antes da mencionada lei, tanto o defensor técnico quanto o

Ministério Público eram espectadores deste ato que era exclusivo do juiz, que fazia as perguntas que achava pertinente para o processo.

Atualmente, o próprio artigo 188 do Código de Processo Penal reza que o juiz após proceder ao interrogatório indagará as partes se restou algum fato a ser esclarecido, possibilitando que se faça perguntas ao acusado. Além, dessa ativa participação do defensor, as alterações propiciaram o contato prévio do defensor com o acusado, em lugar reservado, seja no caso de interrogatório judicial ou do interrogatório policial. Grinover, salienta que :

> (...) é evidente que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que a autodefesa e defesa técnica se interagem, por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa (GRINOVER, 2004, p.101).

Evidencia-se que o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa que se entrelaçam e se completam, estão completamente embutidas no interrogatório. Por isso, afirma-se que a efetiva participação da defesa durante o ato do interrogatório denota o caráter defensivo deste ato processual, ainda mais, quando se considera o fato de o advogado poder efetuar perguntas ao acusado, de maneira a elucidar fatos que não foram observados ou considerados pelo juiz quando estava interrogando, fazendo a integração da autodefesa e da defesa técnica, mencionada por Grinover, chegando-se ao ápice da Ampla defesa e do Contraditório durante o interrogatório. Ainda que o acusado permaneça em silêncio, pode-se observar essa integração, visto que o silêncio deverá ser considerado como uma técnica de autodefesa, que possivelmente, ajudará na tese da defesa técnica. O mais importante, é que o interrogatório deve ser concebido como meio que dará oportunidade de ser defender contra todos os fatos a ele imputados, através da autodefesa e como o auxílio de seu defensor técnico.

4.4 – Confissão do Acusado

A confissão, no sistema inquisitivo, era considerada a “rainha das provas” e quando o acusado confessava a prática de um crime, esta era considerada como a principal prova, não sendo relevantes as demais provas produzidas. Todavia, a confissão quase sempre era obtida

por meio de torturas que faziam ao acusado preferir a confissão a contrariar e sofrer. Entretanto, no sistema processual acusatório e com os direitos e garantias concebidas ao acusado, a confissão deste deixou de ser considerada a prova deriva da autoria da culpabilidade do sujeito processual, devendo ser sempre valorada em conjunto com as provas produzidas.

A confissão é considera como admissão da prática de um determinado fato criminoso e, por isso, deve ser feita de maneira expressiva, livre, voluntária e pessoalmente pelo acusado perante o juiz. A confissão não terá valor algum quando prestado unicamente na fase do inquérito, sem que seja confirmado diante do juiz. Ressalta-se que a confissão não possui valor absoluto, e deve ser sempre valorada no conjunto probatória, através da contextualização junto aos demais elementos de prova, pois várias razões podem levar o acusado a confessar o crime, como a motivação afetiva e, até mesmo, a motivação econômica.

A confissão foi elencada no Código de Processo Penal Brasileiro, no título *"das provas"* e é disciplinada a partir do artigo 197. A sua natureza jurídica não é muito discutida pela doutrina, mas há certa discussão se é meio de defesa, elemento de prova ou a própria prova do consentimento de crime. Todavia, a natureza jurídica da confissão não se confunde com a do interrogatório, pois este ato processual é eminentemente meio de defesa, e de forma excepcional poderá ocorrer à confissão, que é um meio de prova, durante o ato processual. No entanto, a confissão pode ocorrer sem que seja durante o interrogatório, solicitando o acusado, audiência com o juiz para fazê-lo.

Ocorrendo durante o interrogatório, que é regido pelo contraditório e é um meio de defesa, confissão também será produzida sob o crivo deste princípio, pois o advogado do acusado e o membro do Ministério Público terão oportunidade de fazer perguntas e reperguntar, confirmando a declaração da culpa prestada pelo acusado. Mas, vale lembrar com fulcro no art.200 do Código de Processo Penal, que a confissão é retratável e divisível, podendo o acusado se arrepender do que declarou e o juiz, dentro do seu livre convencimento, pode se valer de parte do conteúdo da confissão prestada pelo sujeito processual.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de monografia se propôs a tratar das controvérsias da natureza jurídica do interrogatório. Este ato processual de inigualável importância para a persecução penal continua sendo alvo de calorosas discussões doutrinárias, mesmo após as profundas

modificações advindas da promulgação da Lei 10.792 em 2003. Atualmente, evidencia-se a atuação dos três sujeitos processuais penais – o acusado, acompanhado do seu defensor técnico, o membro do Ministério Público e o Juiz – tendo cada um deles, uma função específica dentro da ação penal e a predominância dos princípios do contraditório e da ampla-defesa durante os interrogatórios judiciais, ficando resguardados os direitos e garantias constitucionais do acusado.

Salienta-se que a participação do acusado na ação penal através do interrogatório variou de acordo com o sistema processual penal vigente em cada período histórico, visto que o Direito varia de acordo com a sociedade em que está inserido e sofre influência direta dos valores sociais, morais, culturais e econômicos. Assim, com a análise da evolução dos sistemas processuais, pôde-se observar que durante a Antiguidade, mais precisamente na Grécia Antiga e em Roma, predominava o sistema acusatório, com a participação direta do povo na escolha dos juizes e durante alguns julgamentos que eram públicos.

No final do Império Romano, surge um novo sistema processual denominado inquisitivo. Este perdurou e chegou ao seu ápice na Idade Média, com o domínio da Igreja perante a sociedade medieval. Esse sistema possuía características próprias, como a concentração da função de investigar, acusar e julgar nas mãos de um único sujeito processual – o juiz - além de um procedimento penal sigiloso, não contraditório, instaurado de ofício pelo juiz e no qual todas provas produzidas por ele já eram valoradas, inexistindo a imparcialidade do juízo. Neste momento histórico, o interrogatório era concebido como a principal maneira de se provar a culpa do acusado, obtendo-se através dele a confissão que era a "rainha das provas" e suficiente para demonstrar a culpabilidade do réu, mesmo que inexistissem outras provas. Ademais, o acusado era um mero objeto do processo, assim como os elementos probatórios e as evidências trazidas ao processo, não tendo ele nenhum direito ou garantia previstos pelos princípios do contraditório e da ampla-defesa.

A partir do surgimento das idéias iluministas, mais precisamente durante o Império Napoleônico que foi influenciado pelos ideais da Revolução Francesa, desponta na Europa o sistema processual misto que possuía características do sistema inquisitivo e do acusatório. As principais mudanças trazidas por esse novo sistema foi a separação das funções de acusar e de julgar. A primeira função ficou a cargo de um novo sujeito processual denominado Ministério Público que passou a figurar como autor da ação penal, e a função jurisdicional continuou sendo atribuída ao juiz; além da predominância dos princípios do contraditório e da ampla

defesa durante a ação penal, possibilitando que o acusado pudesse se defender dos fatos a ele atribuídos e constituir um defensor técnico.

Entretanto, a ação penal era dividida em duas fases. A primeira era a fase investigativa na qual a Policia Judiciária era o órgão responsável pela apuração dos fatos e pela identificação das provas e evidências contra o acusado durante o inquérito policial. Esse procedimento possuía as características do sistema inquisitivo, pois era não-contraditório, sigiloso e instaurado de ofício pela autoridade policial. O acusado era investigado e não tinha acesso ao inquérito policial, além de não poder se defender previamente das acusações a ele imputadas durante a investigação. Terminada esta, o Ministério Público recebia um relatório com o resultado do inquérito policial e ingressava com a ação penal. Neste momento, iniciava-se a fase sob o crivo do sistema processual acusatório, tendo o acusado todas os direitos e garantias previstos pelos princípios do contraditório e ampla-defesa.

Alguns países, como a França, ainda adotam o sistema processual misto. Todavia, outros Estados passaram a adotar o sistema acusatório puro, visto que consideram a fase investigativa um procedimento administrativo, ou seja, uma fase pré-processual e, por isso, suas características inquisitivas não influenciam a classificação do sistema processual, sendo este considerado somente acusatório. O Brasil seguiu essa tendência e a melhor doutrina do país entende que o sistema acusatório puro é o predominante, inclusive devido os preceitos trazidos pelo texto constitucional.

Com a predominância do sistema acusatório, o trabalho evidenciou a divisão das funções de cada sujeito processual no decorrer da ação penal. Diante do exposto, identifica-se que a separação da prerrogativa que cada sujeito processual possui no processo é essencial para a manutenção dos princípios do contraditório, da ampla-defesa, da imparcialidade do juízo, da igualdade entre as partes, dentre outros que são aludidos no escopo da Carta Magna do país. Essencialmente, o acusado figura como sujeito passivo durante a ação penal e tem garantido o direito de defesa, através da autodefesa e da defesa técnica, que lhe proporciona o acompanhamento obrigatório de um advogado durante todo o curso do processo. Ademais, ao acusado é atribuído o direito de permanecer em silêncio durante todo o interrogatório, sem que este venha ser valorado pelo juiz ou prejudique sua defesa. Esse direito é garantido pela Constituição da República, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e a partir de 2003, com a Lei 10.792, foi especificado nos artigos do Código de Processo Penal que versam sobre o interrogatório.

O Ministério Público, que assim como o acusado e seu defensor técnico, é um sujeito processual que atua como parte durante a ação penal e tem função imprescindível para a manutenção da atividade processual, visto que a Constituição prevê que é função privativa do Ministério Público promover a ação penal pública. Ele está regido pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, ficando ele obrigado a ingressar com a ação penal sempre que estiverem presentes os requisitos necessários para isso. Mas ressalta-se que se faz pertinente a ponderação desses princípios pelo da oportunidade, desde que observe os princípios da moralidade e impessoalidade. Um ponto relevante é sobre a prerrogativa investigativa do Ministério Público, mas esgotou-se o tema durante a dissertação através da assertiva feita pelos principais doutrinadores do país que o *Parquet,* ressalvada algumas exceções que envolvem autoridades policiais, não tem capacidade para investigar, ficando esta determinação para a Polícia Judiciária.

Por fim, apresentou-se como sujeito processual o juiz que possui a função jurisdicional, ocupando uma posição eqüidistante das partes que ocupam pólos diametralmente opostos para que possa exercer tal atividade com isonomia e impessoalidade. No entanto, ficou demonstrado que a melhor doutrina admite uma participação do juiz quando esta for a favor do réu para diminuir a desigualdade entre as partes durante o processo, atuando de acordo com o Princípio da paridade das armas. Diante do sistema acusatório, o juiz não deve agir de ofício, tendo que ser provocado pela parte para atuar no processo. Ademais, ele não pode produzir e nem participar, de alguma forma, da produção de provas durante a persecução penal, visto que pode comprometer sua imparcialidade e tornar sua decisão tendenciosa a uma das partes, ferindo os princípios da isonomia e da imparcialidade.

A Lei 10.792 de 2003 foi de suma importância para a caracterização do Princípio do Contraditório no âmbito do interrogatório. As modificações introduzidas pela mencionada lei no Código de Processo Penal permitiram que o acusado tivesse o direito de prévia entrevista em um local reservado com seu defensor técnico antes do interrogatório, seja este judicial ou policial, permitiu a participação do advogado de defesa e do membro do Ministério Público durante o interrogatório, aumentando a possibilidade do acusado demonstrar sua inocência através da elucidação de fatos pertinentes ao convencimento do juiz. Além disso, ratificou o direito do acusado de permanecer em silêncio, considerando o fato como mais uma modalidade de autodefesa, sem que este trouxesse qualquer prejuízo para a defesa ou valoração pelo juiz. Ademais, pode o acusado ser interrogado a qualquer momento durante a

persecução penal, seja através de solicitação fundamentada do próprio acusado ou do Ministério Público e determinação de ofício feita pelo juiz.

Diante de todas as mencionadas alterações, não resta dúvidas que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram realçados a tal ponto que proporcionam ao acusado, direitos e garantias fundamentais para que ele possa exercer sua defesa e demonstrar que os fatos a ele atribuídos não condizem com a realidade.

Sendo assim, determina a melhor doutrina que a natureza jurídica do interrogatório não pode ser outra a não ser meio de defesa. Respeita-se no presente trabalho, a opinião dos doutrinadores que afirmam ter este ato processual, a natureza de meio de prova ou natureza mista, sendo este meio de defesa e meio de prova (ou fonte de prova). Todavia, tais assertivas não hão de prosperar, pois é evidente que pelos princípios do contraditório e da ampla-defesa, o interrogatório é uma modalidade de autodefesa, pela qual o acusado poderá declarar sua versão sobre os fatos atribuídos a ele na peça inicial, ou se preferir, pode permanecer em silêncio, visto que esse não lhe trará nenhum prejuízo e deverá ser considerado como uma estratégia da defesa, sem ser valorado pelo juiz que irá julgar a causa. Mesmo diante da afirmação de que o acusado confessou o crime durante o interrogatório, não se vislumbra a natureza deste como sendo mista, pois o verdadeiro intuito deste ato processual é proporcionar ao acusado um meio para exercer sua defesa, devendo o julgador nesse caso, analisar e valora a confissão em conjunto com todas as provas já existentes.

Evidente que a monografia apresentada não teve a pretensão de esgotar o tema, visto que a complexidade do mesmo e dos outros que são, pertinentemente, conexos. No entanto, a partir da análise do posicionamento de diversos doutrinadores renomados, entendeu-se que, no direito atual, o interrogatório é um meio de defesa para o acusado, o que foi ratificado ainda mais quando da promulgação da Lei 10.792 de 2003. Todavia, o direito é dinâmico, e, por isso mesmo, a discussão sobre o tema estará sempre em evidência, podendo esse posicionamento, que hoje é majoritário, ser alterado com o passar do tempo e com as mudanças dos valores sociais, morais, culturais, dentre outros da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1987

BADARÓ, Gustavo Henrique Righy Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal,** 1941.

BRASIL. **Decreto n° 678, 1992 – Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto São Jose da Costa Rica.** São Jose da Costa Rica: 1969

CARVALHO, José T. Corrêa de. **As Inovações no Interrogatório no Processo Penal. Net,** Distrito Federal, 2004. Disponível em:<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos /processo_penal/ jose-theodoro-as-inovacoes-interrogatorio-proc-penal.PDF> Acesso em: 29. maio. 2008.

CHIMENTI, Franceso. **O Processo Penal e a Verdade Real (Teoria da Prova).** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias, **O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração. Justiça Penal.** São Paulo,1999.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

DEU, Teresa Armenta. **Principio Acusatorio y Derecho Penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1995.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**, 6°ed.. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955

GOMES, Luiz Flavio. **Responsabilidade Penal Objetiva e Culpabilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária, in Direito Penal Empresarial** (coord. Valdir de Oliveira Rocha), São Paulo: Dialética,1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 8°ed.,2004.

MAIER, Julio.**Derecho Procesal Penal. II. Parte General**. **Sujetos Procesales.** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal. Vol. 1**.São Paulo: Millennium, 2003.

MOSSIM, Heráclito Antonio. **Manual de Processo Penal.** 5ªed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Anderson Claudino da. **Lei 10.792/03 e o novo interrogatório-prova.** Jus Navegandi**,**Teresina,2004.Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4926 Acesso em 29.maio.2008.

TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira Ramalho.**Teoria Geral da Prova Penal.** IBCCRIM**,** São Paulo, 2005. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos Acesso em: 28.maio.2008.

TIEDEMANN, Klaus**. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Processal**. Barcelona: Ariel, 1989

TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 9ª.ed, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1980.

VELASCO, M.I. Garcia**, Curso de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Ed. Universidad de Madrid, 1969.