

AS TESTEMUNHAS OUVIDAS POR PRECATÓRIA E A (RE)INTERPRETAÇÃO DO ART. 222, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

WITNESSES HEARD BY LETTER OF REQUEST AND THE (RE)INTERPRETATION OF ART. 222, §1 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

José de Assis Santiago Neto

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUCMG. Professor Adjunto de Direito Penal e Processual Penal pela PUCMG. Advogado Criminalista.
ORCID: 0000-0002-1744-6100
jose.santiago@santiagoassociados.com.br

Resumo: O modelo constitucional de processo demanda que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas de modo a dar máxima efetividade às normas constitucionais. Desse modo, o §1º do art. 222 do CPP deve ser interpretado em conformidade com a Constituição para assegurar que o acusado somente seja interrogado após toda prova testemunhal ser produzida.

Palavras-Chaves: Devido Processo Legal – Contraditório – Prova Testemunhal – Interrogatório.

Abstract: The constitutional process model demands infraconstitutional rules to be interpreted in order to give maximum effectiveness to constitutional rules. Thus, § 1 of art. 222 of the CPP must be interpreted in conformity with the Constitution to ensure that the defendant is only questioned after all testimonial evidence has been produced.

Keywords: Due Process of Law – Contradictory – Testimonial Evidence – Questioning.

O Código de Processo Penal brasileiro é fruto da ditadura Vargas, sendo obra de seu principal jurista, **Francisco Campos**. Editado em 1941, o Código teve forte influência do Código de Processo Penal Italiano, como o próprio Francisco Campos confessa em sua exposição de motivos. Nesse contexto, o Código foi editado em pleno Estado Novo (1937-1945), portanto em pleno regime ditatorial, e foi inspirado no Código Rocco do regime fascista de Mussolini.

Como dito acima, o Código nasceu sob a Constituição autoritária de 1937, tendo sobrevivido às Cartas de 1946, 1967, à emenda Constitucional de 1969, chegando, por fim à Constituição democrática de 1988, vigorando a maior parte de sua existência em regimes ditatoriais e autoritários (1937-1946; 1964-1988), e somente atuando em regimes democráticos entre 1946-1964 e 1988 e os dias atuais.

Isso demonstra a necessidade de sua reforma integral para a adoção de um Código efetivamente construído em conformidade com a Constituição Cidadã que marcou a redemocratização brasileira.

A adoção de um modelo constitucional de processo, na forma proposta por **Italo Andolina** e **Giuseppe Vignera**,¹ trazida para o Processo Penal e para a estrutura constitucional brasileira por **Flaviane de Magalhães Barros**,² demanda a adoção de um modelo de processo estabelecido na Constituição com três características fundantes: a expansividade (garante que a norma geral constitucional se expanda para cada um dos microssistemas, mantendo a conformidade com o esquema geral de processo), a variabilidade (faz com que a norma constitucional-processual possa se adaptar para adotar a característica do microssistema) e a perfectibilidade (que permitirá que o modelo constitucional se aperfeiçoe para definir novos institutos através da norma infraconstitucional).³

Flaviane Magalhães Barros define o modelo constitucional de processo penal composto pelos princípios do contraditório (direito de participação em simétrica paridade de armas na construção do provimento, que pode ser resumido nos direitos de informação, reação, participação, influência e não surpresa), ampla argumentação, fundamentação das decisões, o da participação de um terceiro imparcial e presunção de inocência e da garantia das liberdades individuais dos sujeitos.⁴

Diante do modelo constitucional de processo, é preciso que as normas processuais-constitucionais se expandam para o microssistema do

processo penal, fazendo com que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas de modo a dar ao Processo Penal Brasileiro contornos da base principiológica uníssona, de modo a potencializar na aplicação da norma infraconstitucional a estrutura principiológica trazida na Constituição.

Em razão da indispensável adequação do Processo Penal brasileiro à nova realidade constitucional, o Código de Processo Penal passou por inúmeras reformas após a promulgação da Constituição da República de 1988, como jamais havia sido feito em outro regime constitucional anterior. Entretanto, as reformas pontuais causaram danos severos à organização de seu texto e foram incapazes de afastar o processo penal brasileiro do ranço inquisitório que ainda permanece vivo no inconsciente de seus operadores.

Nesse contexto, a reforma dos procedimentos, realizada pela Lei 11.719/2008, alterou toda a ordem dos atos da audiência de instrução e julgamento, passando o interrogatório para o último ato da instrução. Essa alteração complementou a reforma da Lei 10.792/2003, que deu ao interrogatório o contorno de um ato de defesa e possibilitou que o interrogado pudesse responder apenas as perguntas que quisesse, exercendo o direito ao silêncio sem que isso pudesse significar prejuízo à sua defesa.

Entretanto, a reforma pontual não reformou o velho art. 222, § 1º e 2º, do Código de Processo Penal,⁵ que permitem ao juiz que termine a instrução processual e julgue o caso penal mesmo antes do cumprimento de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, bastando que as cartas tenham o prazo fixado ultrapassado pelo juízo deprecação. Tal dispositivo foi construído sob a égide do código em sua redação original, na qual o interrogatório era tido como meio de prova e de busca pela confissão, aos melhores moldes inquisitoriais nos quais o acusado detém a verdade histórica dos fatos, sendo obrigado a confessá-los sob juramento, inclusive sob tortura.⁶ Nesse contexto, o acusado é um animal que deve confessar e o inquisidor trabalha para que tal confissão possa ocorrer,⁷ buscando confirmar a hipótese que previamente determinou, sob o denominado quadro mental paranoico.⁸

O Código, em sua redação original, entregava o inquérito nas mãos do juiz (art. 12),⁹ fazendo com que este conhecesse dos fatos antes mesmo da acusação existir e possibilitando que o julgador formasse seu convencimento de forma prematura. Além disso, oferecida e recebida a denúncia, o acusado era citado para interrogatório

e, somente depois de interrogado era apresentada a primeira manifestação de sua defesa, a defesa prévia, que na prática forense servia apenas para requerer provas para a instrução, principalmente arrolando testemunhas de defesa.

O Código permitia o direito ao silêncio, mas imputava ao réu consequências por seu exercício, podendo constituir elemento do convencimento do juiz, conforme o art. 198, formalmente vigente até hoje, embora contrariamente à garantia constitucional e convencional da presunção de inocência, e o direito de não se incriminar – tacitamente revogado pela Lei 10.792, que inseriu o parágrafo único no art. 186, que impede que o silêncio seja interpretado contra a defesa do réu.

A possibilidade de julgamento do caso penal caso a precatória não fosse devolvida não impedia o interrogatório que, quando as cartas foram expedidas, já havia ocorrido.

Entretanto, a reforma do art. 400 pela Lei 11.719/2008, como dito, reformou a sequência de atos da audiência de instrução e julgamento, passando o interrogatório para o último ato da instrução processual, em conformidade com sua natureza de ato de defesa do acusado e não mais como meio de prova da instrução processual. Tal mudança exige que o velho art. 222 seja reinterpretado, colocando-se em conformidade com a Constituição e com a nova morfologia dos procedimentos processuais penais.

Isso se faz necessário sobretudo pelas exigências do princípio do contraditório, porque o que é produzido pela defesa por meio de precatórias deve, também, poder influenciar a decisão do juízo, daí a necessidade de se impedir a realização do julgamento antes do retorno das cartas precatórias.

Nesse sentido, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no julgamento do HC 585.942/MT para acompanhar o Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgR na AP 528 e no HC 127.900/AM, que estabelece o interrogatório como último ato da instrução processual, de forma a potencializar o princípio constitucional do contraditório e interpretar o art. 222 em conformidade com a Constituição e com a nova estrutura dos procedimentos vigente desde 2008.

O interrogatório, quando realizado antes do termo da instrução processual, impede que o acusado tenha conhecimento de toda prova produzida e defina como exercerá seu direito à autodefesa. Dessa maneira, a realização prematura do interrogatório impede que o acusado se defenda e exerça de forma ampla o direito de se contrapor à prova em sua integralidade e, por isso, impossibilita o exercício do direito ao contraditório em sua forma constitucional.

De acordo com essa interpretação e os argumentos propostos no presente ensaio, a realização do interrogatório do réu, quando pendente o retorno de cartas precatórias, é causa de vício processual que causa a nulidade do procedimento, uma vez que viola o contraditório e o devido processo legal. Portanto, a realização do interrogatório antes da oitiva de todas as testemunhas impõe a anulação do ato processual e de todos os atos subsequentes (alegações finais, sentença) para que o

interrogatório seja realizado após o acusado conhecer integralmente a prova produzida em contraditório jurisdicional.

Assim, a realização do interrogatório e do julgamento antes da conclusão da produção da prova oral causa cerceamento do direito de defesa do acusado, fazendo com que todos os interrogatórios e os atos procedimentais que lhe sucederem (pedido de diligências, alegações finais e sentença) sejam viciados e, por isso, nulos em razão da violação da ampla de defesa. Da mesma forma, será nulo o interrogatório antecipado mesmo que o julgador aguarde o retorno das cartas precatórias para julgar o caso penal. Há que se ter claro que a natureza do interrogatório é ato de defesa do réu e, como tal, somente pode ser realizado após a colheita de toda a prova, para que o acusado possa, ao ser interrogado, ter conhecimento amplo dos elementos produzidos em contraditório para que tenha condições de exercer de forma ampla seu direito de autodefesa.

Outro ponto relevante a se ressaltar é a possibilidade de que as testemunhas residentes em outras comarcas sejam ouvidas mediante videoconferência na própria audiência de instrução e julgamento, na forma já prevista no §3º do art. 222 do CPP, assegurando-se que a ordem de oitiva prevista no art. 400 do mesmo Código seja rigorosamente obedecida, primeiro ouvindo as testemunhas de acusação, depois as da defesa e somente após a produção de toda prova, o acusado será interrogado.

Há ainda que se pensar no caso de diligências finais serem realizadas, na forma do art. 402 do CPP. No caso, novas provas foram produzidas no procedimento. Entende-se que, nessa situação deveria o acusado ser novamente interrogado, uma vez que deve ser garantido a ele o direito de se manifestar em autodefesa sobre os novos elementos produzidos. Ou seja, o art. 402 também carece de ser interpretado de forma a potencializar a amplitude de defesa com assegurado pela Constituição, e pelas mesmas razões que se defende a não recepção do §1º do art. 222 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, pode-se concluir que as reformas pontuais não são capazes de alterar a base autoritária do Código de Processo Penal vigente, forjado sob a Ditadura Vargas, que serviu à Ditadura Militar, e que não foi construído para servir à democracia. As reformas pontuais, mesmo que buscando a constitucionalização do texto legal, somente foram capazes de transformar o Código em uma colcha de retalhos, retirando do texto sua sistematicidade e organização. Após a Constituição de 1988, o Código deve ser interpretado em conformidade com a nova ordem constitucional, e a base principiológica do modelo constitucional de processo deve ser levada para o Processo Penal, de modo a que a interpretação das normas processuais penais ocorra modo a potencializar os princípios constitucionais. Dessa forma, o art. 222 deve ser reinterpretado para assegurar o contraditório e a ampla argumentação, bem como para se interpretar o dispositivo que foi redigido para a forma original do Código em relação às modificações realizadas pela Lei 11.900/2008 no que diz respeito aos procedimentos, colocando o interrogatório sempre como último ato da instrução processual penal.

Notas

- 1 Andolina e Vignera (1997).
- 2 Barros (2009).
- 3 Barros (2009, p. 15).
- 4 Barros (2009, p. 16).
- 5 A Lei 11.900/2008 chegou a modificar o referido §1º. Entretanto, teve seu texto vetado pelo Presidente da República, mantendo seu texto original.
- 6 Cordero (1986, p. 48-49).
- 7 Cordero (2000, p. 23).

- 8 Cordero (1986, p. 51).
- 9 Vale ressaltar que a Lei 13.964/2019 estabeleceu a exclusão física dos autos do inquérito após o recebimento da denúncia pelo juiz de garantias, que após receber a denúncia remeterá os autos ao juízo do processo para a fase probatória que se realizará em contraditório. Entretanto, em razão de decisão do Ministro Luiz Fux nas ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 suspendeu a vigência dos dispositivos referentes ao juízo de garantias e a exclusão física dos autos do inquérito, mantendo a estrutura original.

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA GIUSEPPE. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*. 2. edição. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do Processo Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL, *Código de Processo Penal*.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 585.942/MT, rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AgR na AP 528, rel. Min. Edson Fachin.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 127.900/AM, rel. Min. Dias Toffoli.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Recebido em: 20.01.2021 - Aprovado em: 21.06.2021 - Versão final: 02.08.2021