

CAPÍTULO XXII

INTERROGADO DELATOR

— A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SUA ATIVIDADE

NO PROCESSO PENAL POR MEIO

DO PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA

*Misael Neto Bispo da França**

Sumário • 1. Aspectos introdutórios – 2. Breves anotações sobre conceito de prova – 3. Natureza jurídica do interrogatório segundo o processo penal constitucional: meio de defesa – 4. Valor probante do interrogatório e sua submissão ao princípio da comunhão da prova – um abrigo nos casos de co-delinquência – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

“Irmãos, não falem mal uns dos outros. Quem fala contra o seu irmão ou julga o seu irmão, fala contra a Lei e a julga. Quando você julga a Lei, não a está cumprindo, mas está se colocando como juiz. Há apenas um Legislador e Juiz, aquele que pode salvar e destruir. Mas quem é você para julgar o seu próximo?” (Tg. 4, 11-12)

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A moderna leitura do interrogatório do acusado, no processo penal, consentânea com o modelo garantista adotado por um sistema acusatório, é no sentido de ser ele um meio de defesa com valor probatório. Presta-se o interrogatório a permitir que o sujeito apresente suas declarações, quando indagado pelo juiz, pelo seu defensor e pela parte adversa, buscando escapar da imputação que lhe é feita. A roupagem conferida àquele elemento da instrução pela Lei nº. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, garantindo ao interrogado o direito de, antes, entrevistar-se com seu procurador (constituído ou nomeado), de ser questionado também pela defesa, de pedir a realização de novo interrogatório e o direito de não ter o seu silêncio interpretado em seu desfavor – interpretação que já havia sido afastada, desde a revogação do artigo 186 do Código de Processo Penal pela Constituição de 1988 – aludida roupagem evidencia a salvaguarda de direitos fundamentais do interrogado, ou seja, expressa a proteção de sua ampla defesa, nela entendido o

* Graduando 9º semestre na FDUFA, Perito Técnico da Polícia Civil em Salvador, participante do curso “Processo penal contemporâneo e teses defensivas” na Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes – ESAD (2007.1), ex-membro do Patronato de Presos e Egressos do Estado da Bahia.

contraditório, sua presunção de inocência e sua dignidade de pessoa, de sujeito, e não de objeto, no processo penal.

Ocorre que o devido processo legal, nas entranhas da persecução penal em juízo, requer que os sujeitos passivos sejam tratados sem distinção, de acordo com o postulado da igualdade substancial, não se permitindo que os direitos de um acusado obstaculizem as garantias de outro. Uma das nuances desta democratização do processo encontra-se no princípio da comunhão da prova, a estabelecer que todo instrumento probatório, uma vez dentro do processo, pertence a todas as partes. Referido princípio, tristemente, nem sempre é respeitado pelos órgãos do Poder Judiciário, gerando enormes prejuízos no momento da condenação. Um deles diz respeito ao co-réu incriminado pelo interrogado. Não raro tem sido vedada a participação de seu defensor no interrogatório de acusado, e, ainda assim, uma delação por parte deste incriminando aquele outro pode contribuir para a formação do convencimento do magistrado, dando ensejo a uma futura sentença condenatória. Visando a evitar odioso prejuízo, consistente na eficácia de uma prova ilegítima porque apartada do contraditório, os tribunais brasileiros, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, passaram a condicionar o ingresso daquela delação no conjunto probatório à coexistência de outros meios de prova, servindo de parâmetros à sua valoração. E, no caso em questão, maior e mais idôneo parâmetro não há que a palavra do co-réu delatado, proferida por ele mesmo ou por seu procurador. Assim, não só a presença física do causídico no interrogatório de outros acusados, mas também a possibilidade de que lhes formule perguntas constitui plena defesa de seu assistido ou cliente, atentando-se para o fato de ser comum, em tese, que, nas hipóteses de co-delinquência, um acusado procure eximir-se de culpa e, para tal culpe outro.

Como se disse, os direitos dos diferentes réus, num mesmo processo, devem conviver o mais harmonicamente possível, sob pena de se incorrer em um garantismo utópico, ruindo todo o ordenamento jurídico pátrio, a iniciar pela Constituição. E cabe aos profissionais do direito o zelo por semelhante coexistência, pelo fato de deterem juízes, promotores e defensores o conhecimento técnico para dar vida a direitos e garantias cristalizados no papel, o que só é viável, por sua vez, com a formação verdadeiramente humanística de tais profissionais. A solução para os problemas jurídicos encontram-se no próprio indivíduo, enquanto ser social, e não nos meandros mornos da lei.

2. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE CONCEITO DE PROVA

O lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹ traz, como denotação do termo *prova*, “Aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo” ou

1. FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. *Miniaurélio século XXI – o minidicionário da língua portuguesa*, p. 601.

ainda “Ato que atesta uma intenção ou sentimento; testemunho”. A ambigüidade de tais definições, tratando-se o referido termo uma vez como objeto (aquilo), outra vez como ação (ato), repercute na seara do direito, em face das tentativas de conceituação do que seria *prova*. Fala-se, ali, em prova como substantivo de provar, procedimento dirigido à verificação de um juízo, atividade desenvolvida no curso de uma ação, no sentido de convencer da efetiva ocorrência de um fato. Cintra, Grinover e Dinamarco, em referência feita por Duclerc², ensinam que a prova “constitui, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos convertidos no processo”. Fiquemos, enfim, com este último entendimento para lançar breves considerações acerca da prova no sistema processual penal acusatório.

Sabe-se que o Brasil, em matéria probatória, adotou o princípio do livre convencimento motivado do julgador, um dos traços caracterizadores do sistema acusatório, o qual, por sua vez, posiciona o juiz à equidistância das partes e acima delas, com o escopo de garantir sua imparcialidade, ao menos – já que não se pode reconhecer uma “neutralidade” do julgador³. Deve-se garantir, àquele sujeito processual, a real liberdade para mensurar as provas a ele postas, tendo-se em conta que, como emana do princípio do livre convencimento motivado, as provas estão em pé de igualdade, no processo penal, não se enxergando uma escala de valores entre elas. Por outro lado, em um sistema processual penal que vê o réu como sujeito, de fato – e não como objeto, visão do sistema inquisitorial – a este devem ser asseguradas todas as garantias requeridas pela sua condição de mais fraco⁴, na relação processual, mormente em matéria probatória; o trato dispensado aos instrumentos que formarão a convicção do juiz e que poderão embasar uma sentença condenatória deve arrimar-se na Constituição Federal. É dizer, o juiz deve estar atento aos direitos e garantias fundamentais do réu ou acusado, sendo a ele inadmissível que, na sistemática albergada pelo Código de Processo Penal pátrio, apodere-se das funções de acusador e julgador, diligenciando pela produção de provas para, na seqüência, decidir com base nelas – como, lamentavelmente, tem ocorrido em recentes atuações do Superior Tribunal de Justiça –, menos no afã de se garantir a imparcialidade que de atender, rapidamente, à sanha denunciata da imprensa...

2. DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*, p. 8-7.

3. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*, p.46.

4. Segundo Aury Lopes Jr., “No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena.” *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*, p.42.

3. NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO SEGUNDO O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: MEIO DE DEFESA

A doutrina tem por vezo tratar do interrogatório, no processo penal, como subtópico da prova, condizente com a topografia adotada pela Lei Codificada de 1941, que traz um capítulo III (Do interrogatório do acusado) inserto no seu título VII (Da prova). Assim tem permanecido, mesmo após a consagração dos direitos e garantias fundamentais proclamados pelo Constituinte de 1988. Até que se entende sua natureza probatória, uma vez que do interrogatório podem-se extrair informações de que o magistrado, a princípio ignorante, pode valer-se na perseguição da verdade. É bom que se diga, de imediato, que esta verdade é a processual, juridicamente válida, estruturada sobre os fatos controvertidos na fluência do *iter* processual; não se trata da verdade real, que é um dogma, algo a que se visa atingir. Pois bem, o interrogatório constitui-se fonte de informações decisivas para o (re) conhecimento da verdade dos fatos por parte do juiz. Não se pode olvidar a que podem dar azo os dados fornecidos pelo interrogado sobre a veracidade e os motivos da imputação que lhe é feita, o local onde se encontrava quando do cometimento da infração, se conhece os objetos utilizados na prática da infração, etc. Referidos dados, por sua tenacidade, podem influir no intelecto do julgador, ensejando, mais à frente, uma sentença de mérito, condenatória, inclusive.

Foi, todavia, sob os influxos das garantias individuais trazidas pela Constituição de 1988, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, também albergadas na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, que os doutrinadores e tribunais brasileiros passaram a propalar a natureza defensiva do interrogatório no processo penal, adaptando-o à sistemática acusatória adotada pelo respectivo Código. Fernando da Costa Tourinho Filho, sempre à frente da sua geração, dividiu, em capítulos próprios, a prova e o interrogatório, a esclarecer o caráter defensivo deste último, nas seguintes e sábias palavras:

A despeito da sua posição topográfica (...), o interrogatório é meio de defesa. Para a doutrina tradicional, o interrogatório constitui o início da fase probatória e, ao mesmo tempo, um dos atos finais da fase postulatória. Geralmente, na fase postulatória destacam-se o instante da formulação do pedido, do juízo de admissibilidade da demanda e da defesa preliminar. Pois bem: o interrogatório integra esse segundo instante, sem embargo de estar situado no capítulo destinado à instrução.⁵

Dos pretórios brasileiros emanaram as seguintes considerações: “O interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que sempre fosse tomado pelo juiz processante (...)”⁶; “O interrogatório, repita-se, é peça de defesa. O réu, por isso,

5. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. v. 3, p. 263.

6. STJ, 3ª T. Rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro, DJU – 10/05/93, p.8599.

tem direito de conhecer seu conteúdo, explicado pelo juiz, bem como de aconselhar-se previamente com seu defensor dativo ou constituído”⁷. Saliente-se que, também em outros países, a natureza defensiva do interrogatório foi reconhecida, como na StPO alemã e nos Códigos de Córdoba, La Rioja, Mendoza, Salta e San Juan.⁸ O reconhecimento do interrogatório como meio de defesa dos acusados, por parte das alas doutrinária e jurisprudencial, sintoniza-se com uma visão garantista do processo penal, interpretado à luz da Constituição e com esboço nos fundamentos por ela adotados, principalmente o da dignidade da pessoa humana, o qual, por seu turno, rege o modelo acusatório a tentar impedir as estratégias, muitas vezes sutis, do juiz inquisidor.

O interrogatório, como parte da instrução no processo penal, precisou ganhar novos ares, sendo oxigenado com os requisitos do método acusatório, fundado nos direitos e garantias individuais, sob o pálio da Constituição. Foi então, em socorro de tal sistemática, que, em 1º de dezembro de 2003, publicou-se a Lei Federal de nº. 10.792, conferindo nova redação aos dispositivos atinentes ao interrogatório do acusado, no Código de Processo Penal. Admitiu-se com isto maior atuação do defensor e do presentante do Ministério Público, possibilitando a estes, inclusive, a formulação de perguntas ao interrogado. Protegeu-se o silêncio do imputado, não podendo mais ser interpretado em prejuízo dele. Outra inovação da Lei de 2003 encontra-se no artigo 196 do Código, que permite a realização de novo interrogatório também a pedido fundamentado de qualquer das partes, a todo tempo, com o que se tentou atenuar a índole inquisitorial ou meramente probatória desta parte da instrução. Em verdade, a referida Lei só veio ratificar o posicionamento dos autores e dos tribunais sobre a matéria, após o advento da Constituição de 1988, conferindo segurança ao ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, aos cidadãos por ele regrados. Reafirmou-se a natureza defensiva do interrogatório, com olhos postos em caríssimos princípios reitores do processo penal, ou antes, do modelo constitucional vigente, no qual se fundamenta o Estado que se pretende Democrático e de Direito: a ampla defesa, com todos os meios necessários à sua efetivação – mormente o contraditório – e a presunção de inocência, que uns preferem chamar de estado de inocência.⁹

Ocorre que, no direito, como em outros campos científicos, e muito pelo fato de as regras jurídicas estarem alicerçadas sobre a rede multicolor das relações sociais, nada é absoluto. De há muito se contestou o caráter dogmático da norma jurídica pregado pelo Positivismo Legalista. Não vigora mais o “*in claris cessat interpretatio*”, dentre os brocardos que disciplinam a hermenêutica jurídica. Aliás,

7. STJ, 6ª T. Rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro, *DJU* – 05/02/96, p.1448.

8. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*, p.520.

9. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal, p. 31-2.

mesmo os direitos e garantias individuais previstos na Constituição, dotados de plena eficácia, na casuística devem ser sopesados, ampliando-os ao máximo e, ao mesmo tempo, restringindo-os no menor grau possível, sob pena de se ver fragmentar o edifício jurídico, que não resiste à antinomia ou à colidência irresolúvel de valores. Ponderam-se os valores para que se realizem os ideais do povo, titular soberano do poder de inaugurar nova ordem constitucional. Assim, diante da liberdade atribuída ao interrogado, não cabe a passividade, simplesmente aceitando-a e pronto. Em consideração à natureza híbrida do interrogatório, que é meio de defesa e fonte de prova¹⁰, e ao que dela se pode ensejar, principalmente aquela faculdade do imputado – dizer a verdade, omitir fatos ou mentir sobre eles – cabe a análise da condição do co-delinquente acusado, mormente quando a delação feita por aquele é a única prova contra este último.

4. VALOR PROBANTE DO INTERROGATÓRIO E SUA SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA – UM ABRIGO NOS CASOS DE CO-DELINQUÊNCIA

A natureza probatória do interrogatório, ao lado de ser meio de defesa, como já calcificado, evidencia-se na acusação feita pelo interrogado contra seu comparso. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, inclusive, já decidiu “ser de inegável valor probatório a acusação do co-réu que, sem procurar exculpar-se, incrimina frontalmente seu comparso”.¹¹ Não seria impossível que um acusado, movido por temor ou solidariedade, confessasse a autoria do delito, como também não seria estranho que, agora sob o ódio ou a vingança, incriminasse também o outro. Neste passo, há de ser feito coro junto ao pretório mineiro, a fim de se reconhecer o valor probatório do interrogatório, ao menos na hipótese de acusação de alguém pelo interrogado. E prova produz a referida parte da instrução, constituída pelas declarações (ou omissões) prestadas pelo acusado, pois pode influenciar no livre convencimento do magistrado e dar cabo a uma decisão de mérito, razão por que tais declarações devem pertencer ao processo como objeto à disposição da diligência de qualquer das partes. Fala-se, portanto, no princípio da comunhão da prova, que, adotado pelo sistema processual penal acusatório, é expressão do contraditório e, portanto, de um processo penal escorado na Constituição. Então, não se pode dar continuidade à instrução sem que se ofereça ao co-réu incriminado a oportunidade de se manifestar, seja procedendo, de ofício, ao seu interrogatório, seja conferindo ao seu defensor a permissão para participar dos outros interrogatórios. Esta última alternativa revela-se a mais consentânea com o princípio da ampla defesa, o qual seria observado no ato, no calor do momento, na presença

10. É o termo que agrada a Pelegrini Grinover, avessa à expressão “meio de prova”. Apud LOPES JR., Aury. *Ibidem*, p. 239.

11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p531.

dos demais sujeitos do processo, sem falar que aludida opção constitui-se também um meio hábil para a economia processual.

De fato, as declarações prestadas pelo interrogado que investe contra outrem são testemunho. O acusado, portanto, neste momento, torna-se uma aberração: é testemunha que não se compromete com a verdade, não pode ser processada por falso testemunho e nem ser contraditada¹². Para aclarar as coisas e para que não sejam violados os direitos e garantias individuais dos outros envolvidos no processo, melhor que sejam percebidas as informações prestadas pelo réu-acusador como fonte de prova contra o co-delinquente. Daí a necessidade de submetê-las ao contraditório¹³, permitindo-se ao defensor do comparsa acusado comparecer ao interrogatório do acusador *sui generis* e fazer-lhe perguntas. Neste sentido é o entendimento de Grinover, para quem “É inegável que a palavra de um acusado com relação aos demais, é testemunho. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova; e prova alguma pode ser acolhida senão sob o pálio do contraditório”.¹⁴ Sentimentos quejandos oportunizaram a elaboração da Súmula n.º 65 das Mesas Reunidas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cuja redação literal é como segue: “O interrogatório de co-réu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitir reperfugas”. Doutrina e jurisprudência, portanto, em sua melhor forma, caminham no sentido de refutar a delação de co-réu em interrogatório de acusado como única prova contrária àquele, visando a resguardar seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, referida delação deve ser sopesada, temperada com outras provas do processo, a fim de se perseguir a verdade judiciária com a lanterna dos direitos e garantias individuais, nos moldes do garantismo penal. Se o interrogado incrimina seu comparsa, deve o julgador, atento ao princípio da presunção de inocência, garantir ao co-réu incriminado a possibilidade de se defender das acusações, e não se vê meio mais eficaz de realizá-lo que o reconhecimento e o deferimento de seu direito de reperguntar, por seu defensor. E alerte-se para o fato de que tal reconhecimento não contraria, em qualquer hipótese, a inteligência do artigo 191 da Lei Penal Adjetiva, que determina o interrogatório em separado dos acusados. Sua interpretação deve ser sistemática, ou seja, é preciso que se afaste ao máximo do aludido dispositivo, de modo a se iluminar todo o panorama jurídico em que ele está inserido. Semelhantemente entende o professor Eutímio de Carvalho (2007). Em se permitindo que o defensor do co-réu, ao lado do titular da ação penal e do defensor do interrogado, também repergunte, está-se, simplesmente, a reconhecer a índole probatória do testemunho deste último; e, se é assim, nada mais lúcido que, jungido ao princípio da comunhão da prova, acolha

12. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 532.

13. LOPES JR. Aury. *Ibidem*, p. 229 e ss.

14. *Ibidem*, p. 533

o magistrado as perguntas feitas pela defesa do co-réu delatado, tomando-as por termo, juntamente com as respectivas respostas. Outrossim, esta é uma forma de fiscalização da atividade jurisdicional, visto que permite o óbice aos arbítrios do juiz. Também se garante a realização de um processo penal efetivamente acusatório, em que restam delimitadas, cristalinamente, as funções dos sujeitos processuais. Razão maior para que se dê vazão à ampla defesa do co-réu perante a delação feita pelo interrogado reside no fato, já mencionado, de este transmutar-se em testemunha; e a favor de quem? Dele mesmo e da acusação (vítima ou Ministério Público). Vê-se, então, que há um claro desequilíbrio processual: de um lado o co-réu delatado, do outro o interrogado delator, a acusação com suas testemunhas e o juiz, muitas vezes recalcitrante em exercer o papel de garantidor¹⁵.

É bem verdade que há juízes e Juízes¹⁶, mas não se pode negar que, mesmo o bom magistrado, corre o risco de proceder sob as mais renegáveis pressões, sobretudo as advindas dos telejornais policiaiscos. Sem dúvidas que, em combates como o referido alhures, flagrantemente desproporcionais, a corda tende a arrastar o mais fraco... Aquela delação, quando escoteira, nem mesmo deveria integrar os autos do processo por constituir-se ilegítima – pois alheia ao contraditório e, portanto, sem nenhum parâmetro de ponderação.

Lamentavelmente, nem todas as vozes, no palco do direito, entoam a mesma melodia, como sói acontecer em certos entendimentos jurisprudenciais que ora merecem ser transcritos em sua literalidade:

O advogado não precisa ser intimado previamente da realização do interrogatório do co-réu, até porque não lhe é dado o direito de participar ativamente do ato com formulação de perguntas (...)

No tocante à falta de intimação do il. Defensor do recorrente para acompanhar a inquirição do co-réu Jésus, também não vejo como acolher a súplica defensiva.

Observo que o próprio apelante reconhece a impossibilidade de o defensor formular perguntas ao co-acusado que está sendo interrogado (fls. 125).

Anoto que, recentemente, as disposições sobre o interrogatório foram alteradas pela Lei 10.972/2003, que possibilitou a intervenção do defensor com perguntas em favor do próprio cliente. Verifico que a novel legislação consagrou o contraditório em prol do réu que está sendo interrogado, mas nada dispôs sobre a inquirição de co-réu, preferindo o legislador adotar a cautela retro consignada.

Quanto à pretensão de apenas acompanhar o desenvolvimento do interrogatório para que o seu combativo procurador pudesse conferir de perto o teor das alegações ditas ao il. Juiz *a quo* e passadas ao Sr. Escrivão, tenho por absolutamente

15. COUTINHO, Jacinto N. de Miranda (coord.). *Ibidem*, p. 46.

16. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 526.

desnecessária a providência. O magistrado goza de presunção de idoneidade e lisura em suas atividades até prova em contrário, que o recorrente não trouxe nas razões de fls. 121/131.¹⁷

Trata-se o excerto acima de termos de negativa do provimento a recurso de apelação criminal interposta por condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, regime inicial semi-aberto, e 13 (treze) dias-multa, fixada a unidade no mínimo legal, sob a acusação de ter subtraído, mediante violência, uma carteira contendo R\$40,00 (quarenta reais). O Relator acolheu o parecer ministerial, entendendo suficientes ao decreto condenatório os depoimentos da vítima e da testemunha ocular. Considerou o Desembargador do Tribunal de Alçada mineiro que “a delação feita pelo co-sentenciado Jésus assumiu papel meramente ilustrativo, coadjuvante, cuja contribuição à condenação afigura-se despiciendo”. Atente-se, aqui, para dois dados que expressam a mentalidade retrógrada do magistrado *ad quem*, infelizmente na contramão de um processo penal constitucional: o fato de defender a “presunção de idoneidade e lisura” de sua classe para espancar as pretensões do recorrente e o de tê-lo feito no ano de 2004, muito depois de o Constituinte de 1988 ter consagrado, como direitos fundamentais do cidadão, a ampla defesa e o contraditório, bem como a presunção de inocência.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, no mesmo sentido do excerto acima, laborou como segue:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E ESTUPRO REAL. INTERROGATÓRIO. DELAÇÃO DE CO-RÉU. PARTICIPAÇÃO DE DEFENSOR DO DELATADO. CONDENAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO.

I – O interrogatório, nos termos da novel legislação (Lei nº. 10.792/03), continua sendo, também, um meio de prova da defesa (...), deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz (art. 188, do CPP), uma vez que oportuniza à acusação e ao advogado do interrogado a sugestão do esclarecimento da situação fática olvidada.

II – A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha. Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (...)

III – Apesar de ser meio de prova da defesa, aquilo que é dito no interrogatório integra o material cognitivo por força do princípio da comunhão da prova.

IV – A participação de advogados dos co-réus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado.

V – A delação (...), por si só, na esteira de ensinanças do Pretório Excelso, é que deve ser valorada com muita cautela.

17. Ap. crim. nº. 440.273-3; 1ª Câmara Mista do TAMG, Rel. Eduardo Brum, pub. DJ 16/06/04.

IV – Se a decisão atacada não deu destaque decisivo à delação, não há que se reconhecer qualquer modalidade de error na estreita via do habeas corpus.

Writ denegado.¹⁸ (*grifos nossos*)

Neste julgado, o STJ, ao considerar que a participação do advogado do co-réu é desprovida de amparo legal, interpreta restritivamente o Código de Processo Penal, destacando-o de todo o repositório de leis brasileiro que, guiado pela Constituição vigente, tem o direito à defesa técnica, e seus corolários, e o direito à autodefesa guindados ao grau de princípio. Bem assim, se a delação deve ser valorada, como costuma julgar o Supremo Tribunal Federal, como fazê-lo com a devida eficácia, senão permitindo ao co-réu defender-se, por meio de seu procurador, *hic et nunc*, com a formulação de perguntas e reperguntas ao interrogado? Ou, como indagou Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, “Se ao atingido pela delação não é possível interferir no interrogatório do acusador, fazendo perguntas ou reperguntas que poderão levar à verdade ou ao desmascaramento, onde obedecido o princípio do contraditório?”¹⁹

É bem verdade que doutrina e jurisprudência harmonizaram-se no sentido de haver a necessidade de se valorar a delação perante outras provas, não sendo aceitável que um futuro decreto condenatório lastreie-se em acusações isoladas do interrogado contra seu comparsa, ou seja, quando tais acusações constituírem o único meio de prova contra este último. Procedendo de forma semelhante, estar-se-ia a condenar com base em prova ilegítima, posto que distante do asseio proporcionado pelo contraditório. Neste nexos, convém trazer a lume a inteligência dos juristas brasileiros.

No processo criminal, a imputação de co-réu só tem valia probatória quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada de co-réu para suporte de um *veredictum* condenatório, porque seria instituir-se a insegurança no julgamento criminal, com possibilidade de erros judiciários²⁰.

A delação levada a efeito por co-réu não respalda, por si só, decreto condenatório. A valia de tal procedimento pressupõe contexto que evidencie a sinceridade do depoimento²¹.

Das duas uma: ou o juiz permite a ingerência das partes para perguntas ou reperguntas, porquanto aquelas acusações implicam testemunhos, ou absolve o terceiro ante a ausência de observância do contraditório²².

18. RHC nº. 42.780/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., pub DJ 12/02/07.

19. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 531-2.

20. RT, 410/316.

21. STF, HC nº. 71.803/RS, DJU, pub 17/02/95, p. 2746.

22. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 530.

No nosso modesto entender, não vale como prova incriminatória. E se outras existem, a condenação será uma resultante delas e não da chamada de co-réu²³.

Como visto, são fartos os votos que pugnam pela realização da justiça, com a tutela no contraditório²⁴, visando ao socorro do co-acusado incriminado em interrogatório, o que só é alcançável mediante uma defesa técnica hígida, que atue energeticamente durante todos os atos do processo penal. Não se pode confiar tão somente na memória dos magistrados, a esperar que recordem aquilo sobre o que a jurisprudência e os manuais de ponta já pacificaram. É imprescindível a participação efetiva dos defensores dos co-réus no interrogatório de todos os acusados, como ensina Pacelli²⁵, oxigenando a instrução, sob pena de se incorrer em graves erros judiciários, atropelando direitos fundamentais. Imagine-se, por exemplo, o desastre que seria um interrogatório sem a presença de procuradores dos outros co-réus em sede de crime societário...Neste tipo de delito²⁶ é comum aceitar-se a denúncia genérica, sem que se individualizem as condutas, em atenção ao reticente *pro societate* – e em detrimento da presunção de inocência. Ali, o indivíduo é acusado simplesmente por compor os quadros da empresa; onde a prova? Onde os indícios da autoria e materialidade delitiva? Como garantir a ampla defesa sob a alegação míope de que os acusados devem ser interrogados em separado? Não há dúvida quanto à urgência da participação dos defensores de todos os sócios – entendendo esta como o dever de serem comunicados, a oportunidade de participarem e formularem perguntas ou reperguntas – no interrogatório de todos os acusados.

5. CONCLUSÃO

A ampla defesa do acusado no interrogatório judicial não pode, absolutamente, significar a supressão de direitos dos outros acusados. É dizer, não se concebe, nos dias de hoje, um processo penal marcado pelo desequilíbrio insolúvel entre os interesses dos acusados entre si, principalmente quando tal representa a violação de direitos individuais, constitucionalmente protegidos, apartando-se, com isto, de um modelo de processo garantista, jungido aos princípios da Lei Maior. Ao interrogatório de acusado deve ser garantida a participação dos procuradores de

23. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibidem*, p. 532.

24. “O contraditório deve ser assegurado em sua maior amplitude possível. Se o advogado de um co-réu está presente, tem o direito de participar e inclusive de fazer reperguntas, quando o co-réu ‘A’ faz qualquer tipo de incriminação contra outra pessoa (ou outro co-réu)”. GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal* 6 v, p. 192.

25. *Ibidem*, p. 29.

26. Veja-se a que ponto chegou o STJ: “(...) Outrossim, nos crimes societários é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que ela narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa” (HC n.º 41.948/SP. 5ª T.Rel. Min. Laurita Vaz. DJ pub 13/06/05, p. 330) – Ordem denegada à unanimidade.

eventuais co-réus, entendendo-se a referida participação não só como a presença física do causídico, mas ainda que seja citado para o ato, que lhe seja franqueada a palavra para, no momento oportuno, formular perguntas ou reperguntas ao interrogado. E isto porque, nos casos de co-delinquência, é perfeitamente possível que um acusado queira exculpar-se e, para tanto, impute a consumação do fato delituoso ao outro, o que se constitui clara divergência de interesses. O juiz que veda a referida participação maneja em colidência com princípios constitucionais do processo penal, visto que não restam observados o contraditório e ampla defesa. Seu proceder representa cerceamento do direito de defesa prévia e, também, viola outro caro princípio do direito hodierno, qual seja o da isonomia, por tratar desigualmente os iguais.

É o Código de Processo Penal que precisa ser lido e aplicado com supedâneo na Carta Política, com o que cai por terra a tese dos que insistem em desconhecer “previsão legal” para a participação de advogado (ou defensor) de co-réu no interrogatório de acusado. A respeito, Aury Lopes Jr. constata que “os processualistas contemporâneos têm se orientado por uma tutela constitucional do processo, tendo o processo como **instrumento a serviço da ordem constitucional**”.²⁷ A interpretação que deve ser feita dos artigos 185 e seguintes do CPP, renovados pela Lei nº. 10.792/2003, é a sistemática, enxergando-se aquele rol de dispositivos infraconstitucionais como uma gota no oceano que é o ordenamento jurídico pátrio; portanto, não se pode analisar o Código com a visão caolha da interpretação literal restritiva, sob pena de se incorrer em labuta fadada ao erro.

A jurisprudência é tranqüila, repise-se, quanto a admitir a delação de co-réu em interrogatório de acusado, desde que esta não seja o único elemento constante do conjunto probatório, sendo, pois, necessária a comprovação do que disse o interrogado com outras fontes de prova. E, nas pegadas de um devido processo penal, há de se entender como *outras fontes* o gênero que engloba a manifestação do co-delinquente apontado pelo comparsa, mediante a diligência de sua defesa técnica, na função de parâmetro para a aludida comparação. De mais a mais, somente assim permite-se realizar a ampla defesa material, através do contraditório. E contraditório relaciona-se diretamente com a igualdade substancial entre as partes²⁸; o primeiro pulsa na paridade de armas entre os contendores, garantida pela direção do Poder Judiciário em observância daqueloutra. Ciente da resistência do juiz em permitir-lhe a participação – *lato sensu* – no interrogatório de co-réu, e com o fito de proteger tal direito, conseqüentemente dando margem à fluência dos direitos do seu cliente ou assistido, reconhece-se, aqui, ser cabível ao advogado ou defensor público impetrar Mandado de Segurança, nos termos da Lei nº.

27. *Ibidem*, p.42.

28. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, p. 204.

1.533/51, com suas atualizações. Procedendo neste ritmo, pleitearia o causídico o socorro ao direito líquido e certo de exercer livremente seu mister, velando pelo devido processo legal, com todas as suas características, e fiscalizando a atuação do juiz em sua persistente tentação ao arbítrio. O professor Eutímio de Carvalho, por sua vez, entende que referida e odiável resistência do magistrado desafia a impetração de *Habeas corpus* em favor do co-réu, comparsa do interrogado.²⁹ E, em analogia ao que sente Renato Flavio Marcão, acaso o magistrado não acolhesse, como fundamento para o pedido de novo interrogatório, o cerceamento de defesa, marcado pela ausência do procurador do requerente ao interrogatório de outro réu, referida negativa poderia ser atacada em preliminar de apelação³⁰. Se, mesmo assim, o interrogatório for realizado sem a garantia da ampla defesa dos outros acusados, e se estes ainda não foram ouvidos, que conste do termo de seus respectivos depoimentos a ausência daquela garantia. Se já foram ouvidos, que seus defensores requeiram novo interrogatório, de modo a serem rebatidas possíveis acusações feitas pelo co-réu antes interrogado. Aliás, o próprio juiz garantidor, de ofício, poderá, nesta última hipótese, determinar a realização de outro interrogatório, como também entende o professor Antônio Vieira³¹. Somente assim restará obedecida a jurisprudência pacífica, que prega a necessidade de valoração das palavras do interrogado contra demais co-réus, mediante outros elementos de prova. E diga-se isto porque o condenado que fora alvo de acusações de seu comparsa, em interrogatório desprovido da participação da defesa técnica daquele (do condenado) não pode ir ao cárcere, visto que sua condenação emergiu de prova ilegítima, sem o filtro do contraditório, que desembocou em decisão viciada. É por isto que, na impossibilidade de reparação do erro promanado da negativa do juiz, quanto à participação do defensor de outrem no interrogatório, pugna-se pela imediata retirada do respectivo termo dos autos e pela incontinenti remessa dos mesmos ao juiz substituto. Quer-se, com tal medida, fixar as bases de um processo penal higienizado pelos fluidos do modelo acusatório, com provas que – mesmo as ilícitas porventura aceitas – tenham passado pela assepsia do contraditório, em atenção ao princípio da comunhão da prova. Acaso não vingue qualquer das opções ventiladas, que seja ajuizada ação de revisão criminal para anular a condenação, restaurando a dignidade do apenado; assim há de se entender, com base na interpretação de Pacelli sobre o artigo 621-I do CPP³². Ademais, segundo

30. Interrogatório: primeiras impressões sobre as novas regras ditas pela Lei nº. 10.792/2003 (documento eletrônico).

31. Ponto de vista expressado durante seminário em homenagem ao professor Raul Chaves, em noite do dia 04/07/07, na Faculdade de Direito da UFBA.

32. “A nosso sentir, a questão pode ser entendida de outra maneira.

Em primeiro lugar, é possível que a decisão esteja lastreada em prova cuja inadmissibilidade, porque ilícita ou ilegítima, não tenha sido percebida. Nesse caso, do reconhecimento da ilicitude da prova poderá resultar a inexistência do material probatório para sustentar a condenação.”*Ibidem*, p.751.

entende o mesmo Doutor em Direito pela UFMG, o reconhecimento do direito de defesa do interrogado não permite que ele atribua, falsamente, a prática de crime a terceira pessoa, incorrendo no delito de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal Brasileiro)³³.

Necessário é que os direitos fundamentais, de incontestável índole principiológica, recebam vida, podendo respirar para além da folha escrita; e tal só se viabiliza se os aplicadores do direito trouxerem, em sua formação, em suas convicções, idéias que se coadunem com a vida daqueles direitos. Olvidar esta necessidade é incorrer no que Ferrajoli denominou “falácia garantista”³⁴, é atuar antigarantisticamente. Aliás, como prega o mestre italiano, “nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais”. É por meio da mencionada luta, portanto, travada no palco externo ao direito, antes mesmo de se transpor para ele, que sobrevivem os direitos e garantias individuais. Pensar diferente é insistir na “idéia de que bastam as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções”³⁵.

Nesta linha de raciocínio, convém conclamar todos os figurantes processuais, no sentido de atentarem para a condição inferior dos acusados perante a sanha punitiva do Estado, não raro estimulada pela “banda podre” da imprensa. Juízes, promotores, assistentes do Ministério Público, advogados e defensores públicos são os catalisadores responsáveis – por terem sido capacitados com a técnica jurídica – pela coexistência de direitos entre os acusados, para que as garantias de um não sufoquem a segurança dos outros. Tal dever resplandece, com todo vigor, no interrogatório, sabidamente meio de defesa com valor probatório a favor do acusado, no qual se permite que ele declare o que achar conveniente, assistido por sua defesa técnica, inclusive culpar outros envolvidos. Se a responsabilidade maior, no desenrolar de um processo penal constitucional, recaí sobre os aludidos profissionais, forçoso é convir que seu espírito de luta por um semelhante processo, pelas garantias pertinentes a um sistema verdadeiramente acusatório, deve ser fomentado ainda nas Faculdades de Direito. O currículo mínimo dos cursos jurídicos deveria dispensar maior atenção às ciências propedêuticas, tais como sociologia, antropologia e filosofia geral. Estas matérias poderiam ser ministradas mais demoradamente aos futuros juristas, a fim de que criem a consciência de que seu trabalho, no porvir, terá o outro por objeto, alguém semelhante a eles, mas com suas próprias fraquezas e dores.

33. *Ibidem*, p.335.

34. *Ibidem*, p. 866.

35. FERRAJOLI, Luigi. Trad. Sica et al. *Ibidem*, p.866.

Por fim, fiquemos com Ferrajoli (mais uma vez, Ferrajoli), remetendo-se a Rudolf Jhering em seu clássico *A luta pelo direito*: “Apenas pela luta pelos direitos, que quer dizer o seu constante exercício e a sua tenaz defesa contra todo possível obstáculo, ameaça ou violação, pode ser garantida a efetiva posse e a conseguinte valorização da pessoa”.³⁶

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal* – tradução de Luís F. Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.
- CARVALHO, Djalma Eutímio. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. rev. e amp. – tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio século XXI: o minidicionário da língua portuguesa*. 5 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal* 6 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARCÃO, Renato Flávio. *Interrogatório: primeiras impressões sobre as novas regras ditadas pela Lei n.º 10.792/2003. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n.º 163, 16 dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4614>>. Acesso em: 18/06/07.
- MOREIRA, Rômulo. *Estudos de direito processual penal – temas atuais*. São Paulo: BH Ed. e Dist. de Livros, 2006.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 21 ed. atual. por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1992.

36. Ibidem, p.869.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7 ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 4 v. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de processo penal comentado* 1 v. 9 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Processo penal* 3 v. 20 ed. rev. modif. e amp. São Paulo: Saraiva, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.