



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO HC 127.900/AM À LUZ DA TEORIA DOS
PRECEDENTES E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP AOS
PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Clarissa Rodrigues Lage de Oliveira

Rio de Janeiro
2018

CLARISSA RODRIGUES LAGE DE OLIVEIRA

UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO HC 127.900/AM À LUZ DA TEORIA DOS
PRECEDENTES E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP AOS
PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Bernardo Braga e Silva

Coorientadora:

Prof^a. Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

CLARISSA RODRIGUES LAGE DE OLIVEIRA

UMA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO HC 127.900/AM À LUZ DA TEORIA DOS
PRECEDENTES E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP AOS
PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2018. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Desembargador Luciano Silva Barreto – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Desembargador Eduardo Mayr – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Bernardo Braga e Silva - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
– EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Deus, por ter me conferido a oportunidade riquíssima do conhecimento, o qual nunca será retirada de mim.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha existência, tornando possível a busca pelos meus sonhos.

Ao professor e orientador Bernardo Braga, que desde o início demonstrou interesse pelo tema, conferindo motivação ao desenvolvimento do trabalho.

À professora e coorientadora Néli Fetzner, que com dedicação e carinho leu e releu cada detalhe explanado no texto, além de ajudar a ter confiança no que foi escrito, por meio de estímulos e direcionamentos aos estudos.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente de estudos, reflexões e amadurecimento profissional.

Aos meus pais, Maria Auxiliadora Vianna Rodrigues e Ary José Lage de Oliveira, a quem devo ser quem sou hoje, nunca deixando de acompanhar a minha trajetória profissional e acadêmica, sempre vibrando pelas minhas vitórias, bem como me ajudando a levantar nas dificuldades.

Aos meus avós, que quando estavam presentes nesse plano terreno, sempre me incentivavam a estudar e acreditavam com confiança na concretização dos meus sonhos mais íntimos.

A minha irmã, Angela Rodrigues Sanchez, que sempre esteve ao meu lado, depositando confiança nos meus objetivos e ajudando quando foi preciso.

Ao meu noivo, Daniel, que sempre com o seu amor e carinho me conferiu ânimo e disposição para perseguir nossos objetivos e desejos, com paciência e compreensão.

A todas as pessoas do meu convívio que acreditaram e contribuíram, mesmo que indiretamente, para a conclusão deste curso.

“A preservação dos princípios impõe, seguidas vezes, a transgressão das regras”.

Ministro Eros Grau

SÍNTESE

Com o advento da Lei nº 11.719/08, o Código de Processo Penal foi reformado, alterando-se a redação do art. 400, *caput*, do CPP, que mudou o momento do interrogatório para o final da instrução processual, conferindo ao acusado a oportunidade para esclarecer dúvidas ou incongruência, tornando o exercício do direito de defesa mais produtivo e estável. Ocorre que mesmo após essa modificação do Código, alguns procedimentos especiais, que são anteriores à reforma, continuaram prevendo o interrogatório como o primeiro ato, trazendo grandes discussões na jurisprudência e na doutrina acerca de uma possível violação aos direitos do contraditória e da ampla defesa. Até 2015, os últimos julgados do Supremo que enfrentaram o tema apenas se limitaram a afirmar que o procedimento especial teria prevalência sobre o comum, deixando se debater os princípios constitucionais aplicados à controvérsia. No entanto, os posicionamentos foram tomando um outro direcionamento, culminando no HC 127.900/AM, que trouxe novos fundamentos para a questão, decidindo a favor da realização do interrogatório do réu como último ato em todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, desde que a fase de instrução não se tenha encerrado antes do precedente. Analisar-se-á quais os fundamentos principais apresentados no acórdão, bem como a influência desse julgado nas futuras decisões acerca do tema, tendo como parâmetro a teoria dos precedentes judiciais desenvolvida pelo novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O DEBATE REALIZADO NO <i>Habeas Corpus</i> (HC) 127.900/AM QUANTO AO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO NA FASE DE INSTRUÇÃO	13
1.1. Jurisprudência do STF antes do julgamento do HC 127.900/AM	13
1.2. Exame das teses apresentadas nos votos dos Ministros do STF ao julgar o HC 127.900/AM	17
2. O DESENVOLVIMENTO DO INTERROGATÓRIO NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS	29
2.1 Evolução histórica dos sistemas processuais e sua reflexão no interrogatório	29
2.1.1 O processo penal na Idade Antiga	30
2.1.2 O processo penal Canônico	32
2.1.3 O processo penal na Idade Moderna	35
2.1.4 O processo penal Brasileiro	38
2.2 Natureza Jurídica do Interrogatório: fonte de prova e meio de defesa	40
3. O PRINCIPAL FUNDAMENTO JURÍDICO PARA A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO JUDICIAL NO TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL: OS PRINCÍPIOS DO CONTRÁDITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM SUA ACEPÇÃO MÁXIMA	45
3.1. Aplicação do princípio, direito e garantia ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal no processo penal brasileiro, integrado ao Estado Democrático de Direito	45
3.1.1. Direito ao contraditório no processo penal	47
3.1.2. Direito à ampla defesa no processo penal	49
3.1.2.1 O direito à defesa técnica	50
3.1.2.2 Direito à autodefesa	56
3.1.2.2.1. Direito de presença	56
3.1.2.2.2. Direito de audiência	58
4. A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NOS JULGADOS COM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL DIANTE DA FORMULAÇÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDÊNCIAS VINCULANTES OU PERSUASIVAS	62
4.1. Origem e evolução da Teoria dos Precedentes	62
4.2. Elementos do precedente judicial (<i>ratio decidendi</i>, <i>obiter dictum</i>, distinção e superação)	64
4.2.1. <i>Ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>)	65
4.2.2. <i>Obiter Dictum</i> (ou <i>dictum</i>)	66
4.3 Técnicas de distinção e superação de precedentes	67
4.4 Aplicação da Teoria dos Precedentes na ordem jurídica brasileira	71
4.4.1 Influências do Código de Processo Civil atual no Processo Penal Brasileiro	75
4.3 Análise do HC 127.900/AM à luz da Teoria dos Precedentes formulada no CPC/15	77
4.3.1 Identificação dos fundamentos determinantes formulados no HC 127.900/AM	78

CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	86

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIs – Ações Diretas de Inconstitucionalidade

AM – Amazonas

Art. – Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CP – Código Penal

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

CPP – Código de Processo Penal

D. - Dom

DJ – Diário de Justiça

HC – *Habeas Corpus*

Nº - Número

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A proposta dessa pesquisa é refletir sobre a importância da realização do interrogatório do réu como o último ato da instrução criminal, mudança trazida pela Lei nº 11.719/08, que realizou algumas alterações no Código de Processo Penal. Após a sua vigência, surgiram controvérsias acerca de sua abrangência para os procedimentos especiais previstos na Lei nº 9.099/95, no Código de Processo Penal Militar e na Lei nº 11343/06, que editados antes da referida lei, ainda previam o interrogatório como ato final.

A princípio, quando a questão foi levada ao STF, o posicionamento era de que por se tratar de uma norma geral, a prevalência seria da norma especial, prevista nos procedimentos especiais. Ademais, para se declarar a nulidade da realização do interrogatório ao final, o prejuízo não seria presumido, dependendo da sua demonstração, por violação aos direitos ao contraditório e a ampla defesa.

Com o amadurecimento do debate, outras orientações foram sendo firmadas pelo STF, entendendo-se que o art. 400 do CPP, ao prever a realização do interrogatório ao final da instrução, traz norma mais benéfica à defesa, devendo prevalecer em face das disposições diversas. Ademais, também confere ao réu o exercício mais eficaz de sua defesa, pois terá a oportunidade de saber todos os argumentos trazidos pela acusação, privilegiando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, concluiu-se pela aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, conforme permitem os procedimentos especiais.

No entanto, como a jurisprudência ainda não era pacífica, a questão finalmente foi levada para julgamento em Plenário, no HC 127.900/AM, precedente objeto de estudo deste trabalho. Durante esse julgamento, os Ministros debateram a matéria, concluindo a maioria de que a controvérsia não se tratava de uma antinomia entre a norma especial e a norma geral, mas de uma suposta prevalência de uma norma especial diante de princípios constitucionais, que também possuem natureza de direitos fundamentais.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa, pois busca-se saber quais seriam os efeitos desse precedente no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, pretende-se apresentar os posicionamentos anteriores do STF acerca da matéria, com o fim de contextualizar a controvérsia e em seguida, analisar os votos dos Ministros que participaram do julgamento em Plenário, visto que apesar da decisão ter sido pela maioria, o fundamento do Ministro Relator Dias Toffoli, que foi acompanhado por sete dos oito Ministros presentes, também foi complementado, o que enriqueceu o debate.

O segundo capítulo, tendo como base os fundamentos jurídicos desenvolvidos no precedente anteriormente estudado, tratará sobre a evolução histórica dos sistemas processuais penais e o seu reflexo no interrogatório, bem como da sua natureza jurídica, que também foi se alterando na medida em que os sistemas processuais foram se modificando, já que o direito é um reflexo da sociedade no qual está inserido ou lhe serve de controle.

No terceiro capítulo, se discorrerá sobre a base da principal tese apresentada no HC 127.900/AM, qual seja, a maximização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa durante o processo penal ao se realizar o interrogatório do acusado ao final do ato. Será feita uma ampla abordagem acerca da abrangência dos citados princípios, que influenciam profundamente na dinâmica do processo penal.

No último capítulo, tendo em vista o advento do novo Código de Processo Civil, com vigência em 2016, que trouxe em seu texto um sistema de precedentes judiciais, com o fim de assegurar isonomia e segurança jurídica às decisões judiciais, se fará uma breve exposição acerca dessa teoria, para posteriormente, aplicá-la ao precedente de estudo desse trabalho, exarando a sua *ratio decidendi*.

Sendo assim, o trabalho finalizará com uma reflexão acerca da dúvida quanto a natureza vinculante ou persuasiva, já que o assunto ainda está em amadurecimento, mas com a certeza de que o citado precedente trouxe uma mudança de enorme relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, que apenas se engrandece quando há a prevalência dos princípios constitucionais, essenciais a República Brasileira e ao Estado Democrático de Direito.

Em relação aos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese, agora afim com a recente decisão da Corte Maior brasileira.

1. O DEBATE REALIZADO NO *Habeas Corpus* (HC) 127.900/AM QUANTO AO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO NA FASE DE INSTRUÇÃO

Nesse capítulo inicial serão apresentados os posicionamentos da jurisprudência do STF após o advento da Lei 11.719/08¹, para então serem demonstrados os argumentos e teses levantadas pelos Ministros no HC 127.900/AM julgado no Supremo Tribunal Federal, em março de 2016.

1.1 Jurisprudência do STF antes do julgamento do HC 127.900/AM

O atual Código de Processo Penal Brasileiro (CPP)² entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1942, sendo a sua elaboração inspirada na codificação processual penal italiana da década de 30, que vivia em pleno regime fascista. Esta é a razão de diversos dispositivos refletirem o autoritarismo corrente da “Era Vargas”, período do Governo ditatorial de Getúlio Vargas. Apesar de ter sido recepcionado como lei ordinária, sua origem veio com a edição do Decreto-lei nº 3.689/41.

Originalmente, a redação do CPP previa que o interrogatório deveria ser o primeiro ato da instrução, conforme os arts. 394 e 395:

Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente.

Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

Assim, uma vez recebida a denúncia ou a queixa, o réu era citado, tendo ciência da ação e sendo chamado a comparecer na audiência especialmente designada para a realização do interrogatório. Após a sua realização é que poderia a defesa ou o próprio réu apresentar a sua peça de alegação escrita e arrolar testemunhas.

Durante o ato não poderia a defesa se manifestar, já que quem presidia o interrogatório era o juiz, formulando perguntas para esclarecer as questões apresentadas no processo. Como

¹BRASIL. *Lei nº 11.719*, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

²BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

se pode verificar, o sistema processual penal era diverso do atual, visto que uma vez proposta a ação penal o réu era tido como culpado, tendo a sua base em um sistema inquisitivo.

Após a experiência ditatorial militar que durou de 1º de abril de 1964 a 15 de março de 1985, vários direitos subjetivos foram restringidos no Brasil, como a liberdade de expressão, de pensamento, de crença, sendo considerado inimigo do Estado aquele que se manifestasse contra o seu governo.

A Constituição Federal da República de 1988³ nasceu dentro desse contexto de mudança e de vontade de garantir os direitos fundamentais do homem, protegendo-os das violações ocorridas no passado. Além de vários outros direitos e princípios, consagrou em seu texto legal o princípio da presunção de inocência, proclamado, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas.

Ademais, trouxe para o Código de Processo Penal⁴ várias alterações, já que o texto legal precisava se adequar aos princípios constitucionalmente previstos. A doutrina passa a defender a aplicabilidade das medidas de coerção em face do réu somente nos casos necessários e revestidas de caráter cautelar. Segundo Tourinho Filho: “enquanto não definitivamente culpado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela”.

Dentre as diversas modificações, o presente trabalho ressalta a realizada pela Lei nº 11.719/2008⁵, que conferiu ao réu o direito de ser ouvido após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa. Assim, o art. 400 do CPP passa a prever o seguinte:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 65.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

Dessa forma, o Código de Processo Penal⁷ foi aos poucos se aproximando dos ideais traçados na Constituição da República⁸, que instituiu o Estado Democrático de Direito que até os tempos de hoje tenta-se implementar.

Entretanto, surgiram controvérsias quanto à aplicação da alteração da norma geral às Leis Especiais, como a Lei de Drogas⁹ por exemplo, que por serem anteriores mantiveram o interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas, ou seja, o primeiro ato da instrução. Em razão da dúvida, a questão foi levada ao STF diversas vezes, tendo em vista a necessidade de se pacificar o entendimento.

Até 2015, os últimos julgados do Supremo que enfrentaram o tema apenas se limitaram a afirmar que o procedimento especial teria prevalência sobre o comum, exceto quando se tratasse de ação penal em que se apurasse crimes diversos, afetos a ritos distintos, porém conexos, pois o procedimento do rito ordinário é mais amplo, possibilitando a ampla defesa do acusado.¹⁰

Ou seja, a Lei 11.343/2006, Lei de Drogas,¹¹ tem um procedimento especial estabelecido nos arts. 54 a 59 e apesar de prever em seu art. 57 que o interrogatório ocorra em momento anterior à oitiva de testemunhas, não se pode presumir uma violação aos direitos do réu, já que o Tribunal tem entendimento firmado no sentido de que “a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do CPP¹², é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta”.¹³

Já em relação à aplicação das normas contidas no Código de Processo Penal¹⁴ a procedimentos especiais, existem precedentes do STF que em detrimento do princípio da especialidade, tiveram conclusões diversas. Na Ação Penal nº 679-QO/RJ¹⁵ julgou-se caso em que primeiramente a ação penal foi recebida pelo juízo de primeiro grau, e logo em seguida

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹ BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 121.953/MG*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_121953_MG_1404556085279.pdf?Signature=gPHSBAZM4FICSxN0nzGXWCst3qM%3D&Expires=1476137697&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=825a7cce2384a9aa8eafb1cf270a2738>. Acesso em: 08 out. 2016.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 85155/SP*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.anacrismendonca.com.br/sis/download_file.php?f=/_anacris/imagens/arquivos/stf_hc_85155_rito_10409_1_1.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP nº 679-QO/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342603/acao-penal-ap-679-rj-stf-inteiro-teor-159438163>>. Acesso em: 11 out. 2016.

remetida ao Supremo em razão de deslocamento de competência fundado no foro por prerrogativa de função do réu, Senador. O Pleno entendeu que houve supressão da fase prevista no art. 397 do CPP¹⁶, qual seja, a apresentação da resposta à acusação no prazo legal, requisito para que após, o juiz decidisse ou não pela absolvição sumária.

No voto do Ministro Relator Dias Toffoli¹⁷, que foi seguido pela maioria dos Ministros, ficou consignado que embora a adoção do rito da Lei n° 8.038/90¹⁸ privilegie o princípio da especialidade, no caso como a ação penal foi enviada à Suprema Corte após o recebimento da denúncia em primeiro grau, não há como determinar o prosseguimento da demanda nos termos do art. 8° da citada lei, pois tanto as fases do art. 4° a 6° da lei especial¹⁹ e do art. 397 do CPP²⁰ foram suprimidas.

Outro julgado de grande importância é a Ação Penal n° 528²¹, na qual a Suprema Corte entendeu que o art. 400 do CPP²² por ser prática mais benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em face da previsão do art. 7° da Lei 8038/90²³, excetuando-se as ações que já finalizaram o interrogatório.

No voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski²⁴, seguido pelos Ministros em unanimidade, aquele declarou que o art. 400 do CPP²⁵ possibilita ao réu o exercício mais eficaz de sua defesa, privilegiando os princípios constitucionais aplicáveis à temática. Ademais, afirmou que não há incompatibilidade entre as normas, logo, não há prevalência da norma especial sobre a geral. Por fim, lembrou que o art. 9° da Lei 8038/90²⁶ reconhece a aplicação subsidiária das disposições gerais e especiais do CPP à lei.

Vale destacar que o Ministro Luiz Fux²⁷ chegou a mencionar que o referido acórdão resolveria questão pontual doutrinária acerca do momento do interrogatório da Lei de Drogas²⁸, mas sem concluir com maiores esclarecimentos.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁸BRASIL. *Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 18.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP n° 528/DF.* Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734194/agreg-na-acao-penal-ap-528-df>>. Acesso em: 11 out. 2016.

²² BRASIL, op. cit., nota 2.

²³ BRASIL, op. cit., nota 18.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 18.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 21.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 9.

No próprio Supremo, existia divergência entre as turmas quanto ao tema em relação ao Código de Processo Penal Militar. A Primeira Turma²⁹, firmou o entendimento de que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei n° 1.002/69³⁰, aplicando o precedente da Ação Penal n° 528³¹. No entanto, a Segunda Turma³², de forma contrária, decidiu em algumas oportunidades por aplicar o princípio da especialidade, prevalecendo o regramento processual penal militar sobre o processual comum.

O Superior Tribunal Militar chegou a publicar uma súmula que previa o afastamento do art. 400 do CPP à Justiça Militar da União, porém esta foi cancelada³³.

Como pôde ser visto, em nenhum momento o debate discorre sobre a finalidade da mudança do Código de Processo Penal³⁴ ao acrescentar o art. 400, harmonizando-o com a realidade da Constituição da República de 1988³⁵, que possui dentre o rol dos direitos fundamentais o contraditório e a ampla defesa.

1.2 Exame das teses apresentadas nos votos dos Ministros do STF ao julgar o HC 127.900/AM

Demonstrando um claro avanço na jurisprudência, o HC 127.900/AM³⁶ enfrentou a questão da incidência do art. 400 do CPP³⁷ aos processos penais militares, entendendo pela sua aplicação face ao art. 302 do Código de Processo Penal Militar³⁸, visando uma adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CRFB)³⁹. Ainda, fixou uma orientação quanto ao emprego da norma

²⁹ São os seguintes precedentes da 1ª turma do STF: HC 121.877, Rel. Ministro Luiz Fux; RHC 126.848 MC, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 121.907/AM, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 126.080, Rel. Min. Rosa Weber e HC 125.052 MC, Rel. Min. Roberto Barroso.

³⁰ BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 11 out. 2016.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 21.

³² São os seguintes precedentes da 2ª turma do STF: HC 122.229, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RHC 85.155/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE 823.822 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³³ BRASIL. *Súmula 15 do STM*. Disponível em: < <https://stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref> >. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 127.900/AM*. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15335153053&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

inscrita no art. 400 do CPP⁴⁰ aos processos penais militares, eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, desde que a fase de instrução não se tenha encerrado.

Apesar de os Ministros do Supremo terem acordado por maioria de votos nos termos do voto do Ministro Relator Dias Toffoli⁴¹, vencido o Ministro Marco Aurélio⁴², cada um deles apresentou uma teoria jurídica para explicar e argumentar a favor do seu posicionamento, o que trouxe uma riqueza de fundamentos ao inteiro teor do julgado.

O *habeas corpus*, com pedido de liminar, apontou como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que negara provimento à apelação. Além de sustentar a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar a ação penal na qual os pacientes integram, pugnou pela nulidade do feito a partir do recebimento da denúncia, visto que o interrogatório dos pacientes foi feito como primeiro ato da instrução processual, na forma do art. 302 do Código de Processo Penal Militar⁴³, entendendo que melhor assiste às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa a realização do interrogatório ao final, na forma do art. 400 do CPP⁴⁴.

Por considerar relevante a matéria e a necessidade de pacificação da jurisprudência da Corte, o relator⁴⁵ determinou a remessa do *habeas corpus* ao julgamento do Plenário. Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli⁴⁶ não reconheceu a incompetência da justiça militar, pois no tempo do crime os pacientes eram soldados da ativa e foram achados na posse de substância entorpecente no interior do Batalhão, sendo um crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar (art. 124, da CRFB c/c art. 9º, I, “b” do CPM).⁴⁷

Quanto à nulidade, o relator⁴⁸ reconheceu a plausibilidade jurídica dos argumentos, apesar de considerar que as Turmas não pacificaram a questão. Assevera que a regra do art. 400 do CPP⁴⁹ é mais benéfica ao réu e harmoniosa com a Constituição Federal⁵⁰, devendo preponderar no processo penal militar. Ao não ser aplicada, o réu é prejudicado, uma vez que

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁴² Ibid.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 117.179/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24593888/habeas-corpus-hc-117179-rj-stf/inteiro-teor-112087520>>.

Acesso em: 14 out. 2016.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

perdem a oportunidade de se manifestar acerca da prova acusatória, bem como de influir em audiência na formação do convencimento do julgador.⁵¹

Conforme fundamento de Juarez de Freitas⁵², quando a norma especial colidir parcial ou totalmente com o princípio superior, há de preponderar o princípio superior. Isso porque o princípio superior possui a sua base na Constituição Federal, sendo também uma norma que compõe o ápice do sistema normativo.

Como já foi ressaltado, o próprio Supremo já reconheceu a prevalência da norma do Código de Processo Penal⁵³ nos processos de sua competência originária, regidos pela Lei nº 8.038/90⁵⁴.

Visando ao não comprometimento do princípio da segurança jurídica, modulou os efeitos da decisão para manter os feitos já sentenciados, determinando que a orientação fosse aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução ainda estivesse em andamento. Assim, no caso concreto a ordem foi denegada, pois a sentença condenatória já fora proferida.

Por fim, em razão dos debates entre os Ministros, visto que a decisão orienta a sua abrangência para todos os procedimentos especiais penais, ficou clara a tentativa de uniformização da jurisprudência, já que a partir desse precedente a discussão incluirá com mais vigor a reflexão acerca da realização do interrogatório como último ato da instrução nos processos regidos por procedimentos especiais, incluindo a Lei de Drogas⁵⁵, não bastando apenas a adoção do critério da especialidade para o seu afastamento.

Partindo para uma análise mais aprofundada dos votos, o Ministro Edson Fachin⁵⁶ acrescenta alguns aspectos a questão, posto que apesar de acompanhar o Relator⁵⁷, convém expor sua compreensão um pouco diversa acerca do caso. Primeiramente, ressalta que a realização do interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas maximiza as garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (art. 5º, LV e 5º, LVI, da CRFB)⁵⁸, tratando-se de ato de autodefesa, no qual o acusado, ao falar por último, esclarece os fatos contra si relatados.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *As nulidades do processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

⁵² FREITAS, Juarez de. *A interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 18.

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 9.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

No entanto, pela visão do Ministro⁵⁹, a matéria não pode ser resolvida sem se saber se há incompatibilidade ou não entre o art. 302 do CPPM⁶⁰ e a Constituição Federal⁶¹, já que não há omissão na lei especial que gere uma complementação pela legislação comum. Dessa forma, seria uma polêmica quanto a recepção ou não do artigo.

Apesar dos diversos precedentes citados que aplicam o art. 400 do CPP⁶² ao processo penal militar, lembra o ilustre Ministro⁶³ que a Suprema Corte tem se manifestado no sentido contrário quanto ao procedimento especial previsto na Lei 11.343/2006⁶⁴, dando importância à regra especial do art. 57 da Lei de Drogas, além de insistir no entendimento de que a declaração de nulidade apenas poderá ser feita havendo demonstração de prejuízo⁶⁵.

Assim, segundo Fachin, há sim incompatibilidade com a Constituição, em razão da ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal quando o momento do interrogatório do réu é ao final da instrução. Entretanto, isso não significa que o Código de Processo Penal⁶⁶ na sua redação anterior a Lei 11.719/2008⁶⁷, por exemplo, não tenha sido recepcionado.

Para se chegar a essa conclusão, Fachin sustenta que essa inconstitucionalidade só pode ser constatada por meio de uma interpretação evolutiva da Constituição, que confere uma maior amplitude aos citados princípios. Logo, o que ocorreu segundo ele foi o fenômeno da mutação constitucional. O Ministro Gilmar Mendes em seu livro⁶⁸ descreve tal fenômeno:

Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 30.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶² BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶³ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁶⁴ BRASIL, op. cit., nota 9.

⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 32.

⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141.

Um exemplo de mutação constitucional declarado pelo Supremo e minuciosamente explanado no voto do Ministro Gilmar Mendes⁶⁹ ocorreu no HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º-9-2006, em que se decidiu pela inconstitucionalidade da lei que previa a proibição em abstrato da progressão no regime de cumprimento de pena. Apesar da reiterada jurisprudência anteriormente fixada, a Corte refletiu novamente a temática diante dos princípios constitucionais, o que alterou a interpretação da norma.

Na mutação constitucional⁷⁰, uma denominada norma foi projetada pelo legislador de acordo com as relações fáticas ou os usos da época. Contudo, a norma deixa de se enquadrar às novas relações em razão do fator temporal. O entendimento acerca da aplicação da norma passa a se tornar insuficiente, sendo necessário realizar uma alteração na interpretação da norma. Um exemplo é a própria necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, fazendo com que os Tribunais, que antes decidiam em um determinado sentido, abandonem a interpretação anterior, passando a visualizar a situação normativa de outra maneira.

Portanto, é claro que não é possível determinar o momento exato em que a orientação deixa de ser a mais plausível. Na maioria das vezes essa alteração se dá aos poucos, de modo contínuo. No caso, o que aconteceu com o próprio Código de Processo Penal⁷¹ foram as reformas com o intuito de readequar o sistema processual à Constituição de 1988⁷². Essa é a “razão de ser” da norma do art. 400 do CPP⁷³. Por mais que os dispositivos das leis especiais não tenham sido alterados, essa mudança não dependeria exclusivamente do legislativo, justificando-se a adoção da mutação constitucional.

Dessa forma, por ser a primeira vez que o Plenário analisou o tema sob a ótica da constitucionalidade, sugeriu em seu voto o Ministro Edson Fachin⁷⁴ que o acórdão fosse válido com efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da data da referida sessão em prol do princípio da segurança jurídica.

Inicialmente divergindo, o Ministro Luís Roberto Barroso⁷⁵ em seu voto exprime que apesar de entender que o interrogatório feito ao final da instrução é o melhor, sendo a mudança

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 82.959/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

⁷⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 498-500.

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷² BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷³ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁷⁵ Ibid.

do art. 400 do CPP⁷⁶ positiva, este se preocupa com o risco que uma eventual decisão possa ter sobre os processos que seguem o rito especial, demonstrando que não gostaria de ser o responsável por uma futura desordem em razão de inúmeras revisões criminais visando anular as decisões já proferidas.

Por essa razão, para ele bastaria que o legislador penal modificasse também as outras leis especiais, resolvendo a controvérsia. Como isso não foi feito, entende que a intenção do legislador foi de modificar apenas o procedimento comum, sendo essa uma opção legítima. Trata-se de posicionamento que segue uma base positivista, conferindo grande valor a norma, sem refletir acerca dos princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna.

Apesar do Ministro Barroso⁷⁷ ter acompanhado a jurisprudência da Primeira Turma em seus votos anteriores, resolveu expressar a princípio, posicionamento diverso em Plenário, capitaneando inclusive a aplicação do princípio da especialidade, não visualizando qualquer nulidade.

O Ministro Teori Zavascki⁷⁸ também se manifesta como sendo mais adequado aos postulados da ampla defesa que o interrogatório seja feito ao final, porém se preocupa com as fundamentações de que o art. 302 do Código de Processo Penal Militar⁷⁹ esteja revogado pela lei superveniente ou não tenha sido recepcionado pela Constituição. Na sua visão, permitir que as regras do processo comum sejam aplicadas aos procedimentos especiais gera a eliminação dos procedimentos especiais, que naturalmente possuem regras diferentes.

Contestando tal afirmação, o Ministro Edson Fachin⁸⁰ enfatiza que na verdade a questão não tem seu paradigma na antinomia entre a norma especial e a norma geral, mas trata-se de algo muito mais preocupante, pois seria uma prevalência entre a norma especial e um princípio constitucional, que como norma, também tem eficácia vinculante.

O Ministro Dias Toffoli⁸¹ também contesta a declaração, sustentando que o seu fundamento não é a revogação do referido artigo e nem pela não recepção, mas por ser a norma do CPP lei posterior mais benéfica, deve beneficiar a todos os réus, sem qualquer juízo hierárquico de normas.

⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷⁷ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 30.

⁸⁰ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁸¹ Ibid.

Contudo, o Ministro Teori Zavaski continua com a sua linha de argumentação, sem alterar, afirmando que ou a norma está revogada ou não foi recepcionada. Na primeira hipótese haveria comprometimento do princípio da especialidade e na segunda, conseqüentemente, o Código de Processo Penal⁸² comum na redação original e os procedimentos especiais também não seriam recepcionados, o que poderia gerar a anulação de todos os processos que fizeram o interrogatório no início.

Assim, finaliza seu voto convencido de que o art. 302 do Código de Processo Penal Militar⁸³ não foi revogado pela norma comum geral, nem é incompatível com a Constituição⁸⁴, devendo ser aplicado, o que diverge do voto do Relator⁸⁵.

Também divergindo do voto do Relator⁸⁶, Barroso⁸⁷ expõe que o caso envolve a conveniência ou não da norma e não a sua invalidade ou inconstitucionalidade. Ainda, mesmo que decidisse pelos efeitos *ex nunc* da decisão, não entende ser plausível deixar para trás os que foram condenados anteriormente. Quanto a tese da mutação constitucional, reconhece a sua existência juridicamente, mas não neste debate, sem explicar o porquê.

Em relação ao fundamento do Relator, Barroso se opõe, pois, segundo ele, quem deve retroagir para beneficiar o réu é a norma de direito material e não a de direito processual, mesmo sendo a mais favorável.

O Ministro Marco Aurélio⁸⁸ também vota com convencimento diverso ao do Ministro Relator⁸⁹, inferindo que a controvérsia se define pelo princípio da especialidade, devendo ser observada a norma do art. 302 do Código de Processo Penal⁹⁰, haja vista que a lei que tratou sobre a reforma do Código de Processo Penal não influenciou a disciplina do processo penal militar.

Quanto ao Ministro Gilmar Mendes⁹¹, esse tenta adaptar seu voto à proposta do Ministro Fachin⁹², asseverando que as garantias constitucionais possuem forte caráter institucional e por isso são passíveis de aprimoramento, sem tornar o que era dito antes como ilegal, ilegítimo, tratando-se de uma evolução.

⁸² BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸³ BRASIL, op. cit., nota 30.

⁸⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁸⁵ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 35.

⁹² Ibid.

Ainda, sugere uma solução a questão dos efeitos da decisão por meio da fixação de um marco, que seria a aplicação apenas aos casos em que não tiveram o interrogatório no processo militar, visto que caso contrário os processos já julgados seriam passíveis de revisão, o que causaria uma grande instabilidade jurídica. A proposta é aceita pelos Ministros Dias Toffoli⁹³ e Teori Zavaski⁹⁴.

Diante de uma aparente maioria votando de acordo com o Relator⁹⁵, o Ministro Luís Roberto Barroso⁹⁶ admite que apesar de ter votado em contrário, caso o Tribunal se posicione a favor da proposta do Ministro Gilmar Mendes⁹⁷, não anulando os processos anteriores, também não irá se opor.

De forma contrária, o Ministro Marco Aurélio⁹⁸ continua a defender seu voto, destacando que existe uma lei complementar que disciplinou o processo legislativo e afastou a possibilidade de revogação tácita de leis. Os diplomas legais passaram a ter artigos explícitos que descrevem quais dispositivos foram revogados pela lei. Assim, como a Lei nº 11.719/2008⁹⁹ não trouxe nenhum artigo que dissesse que os dispositivos das leis especiais que contrariassem o art. 400 do CPP¹⁰⁰ estariam revogados, não há revogação.

Ademais, por não haver lacuna no Código de Processo Penal Militar¹⁰¹, não caberia aplicação subsidiária do Código de Processo Penal Comum¹⁰², não podendo ser a norma afastada.

Apesar dos seus argumentos, o Ministro não discorre sobre os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, praticamente os ignorando. Prioriza, acima de tudo, a segurança jurídica. Chega a apresentar uma tese de que como o Código de Processo Penal Militar¹⁰³ rege o interrogatório, que é do réu e não do Estado-acusador, não há contraditório nesta fase, o que é um contrassenso diante de um Estado Democrático de Direito, pois o contraditório está presente desde a propositura da ação penal até o seu término.

Após o extenso debate, o Ministro Relator Dias Toffoli¹⁰⁴ acrescenta em seu voto a denegação da ordem, mas que nos processos que ainda estejam em fase de instrução, a partir

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ *ibid.*

⁹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁰⁰ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁰¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹⁰² BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁰³ BRASIL, *op. cit.*, nota 3.

¹⁰⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 35

da data da publicação da ata do julgamento, o interrogatório seja o último ato. No entanto, o Ministro Marco Aurélio¹⁰⁵ critica a decisão de modulação dos efeitos do julgamento, afirmando que o *habeas corpus* foi transformado em processo objetivo, não sendo autorizado pelo Direito Positivo tal atuação.

Todavia, o Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁶ em reforço a posição do Ministro Dias Toffoli¹⁰⁷ recorda ilustre decisão do Supremo quanto ao debate sobre a progressão de regime no crime hediondo, na qual foi feita a modulação dos efeitos. Em razão de uma mudança de paradigma do Tribunal, que passou a ponderar acerca do princípio da individualização da pena, considerando inconstitucional a vedação a progressão de regime, foi necessário que esse entendimento não atingisse aqueles que já haviam cumprido a pena em regime integralmente fechado.

Ressalte-se, pois, que às vezes, por razões de segurança jurídica a supressão da norma desde a sua origem poderá trazer mais danos para o sistema do que a sua preservação a partir de um momento temporal. O que há é uma ponderação entre os princípios da nulidade da lei e da segurança jurídica, diante do caso concreto, devendo ser demonstrado as possíveis consequências de uma eventual decisão sem modulação. A ocorrência da instabilidade jurídica, que faz com as decisões que foram tomadas no sentido anterior se tornem suscetíveis de alteração não pode ser admitida na ordem constitucional.

Prosseguindo com a análise dos votos, o Ministro Celso de Mello¹⁰⁸ também acompanhou o voto do Relator¹⁰⁹, acrescentando alguns aspectos relevantes. Considera este juridicamente expressivo estabelecer prospectivamente que o art. 400 do CPP¹¹⁰ seja observado no processo penal militar, para que assim seja viabilizada a efetiva concretização dos postulados constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa.

Quanto à ocorrência de antinomia em sentido próprio de normas, lembra o Ministro que essa pode ser resolvida mediante a utilização de critérios, como o hierárquico, o cronológico, e o da especialidade, para que a unidade sistêmica do ordenamento jurídico seja preservada. Entretanto, no feito o que há é um aparente conflito de regras legais, sendo a utilização do critério da especialidade uma “solução ortodoxa”.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

Dessa forma, a melhor solução seria a adoção de um critério fundado em opção hermenêutica por ser mais compatível com os postulados do direito constitucional a defesa, mostrando-se o art. 400 do CPP¹¹¹ na redação dada pela lei 11.719/08¹¹² mais favorável que a disciplina do Código de Processo Penal Militar¹¹³. Aliás, a referida lei modernizou o processo penal, tornando-o mais próximo do perfil democrático, devendo o Estado respeitar o direito a plenitude de defesa e ao contraditório.

Rememorou que o STF em razão das reformas já realizadas no Código de Processo Penal, adequou a Lei 8038/90¹¹⁴ definindo que o interrogatório fosse o último ato da instrução probatória, por ser medida mais favorável ao réu. A observância das formas processuais estabelecidas em lei mais benéficas representa uma garantia de liberdade, pois o processo penal é um expressivo instrumento constitucional de salvaguarda das liberdades individuais do réu, não podendo a acusação ser provada por presunção.

A persecução penal traz limitações ao poder do Estado, já que o Poder Público tem a pretensão punitiva, devendo o direito a liberdade do réu ser protegido, já que não é presumido culpado, mas inocente conforme o art. 5º, LVII da Constituição Federal¹¹⁵. Ao réu é facultado o direito de se defender e de questionar, em contraditório, os elementos de prova produzidos pelo Ministério Público.

Assim, ao se observar o devido processo penal, será garantido o respeito aos direitos e prerrogativas conferidas pelo ordenamento jurídico aos acusados. O próprio interrogatório, que é o ato processual em discussão, representa um meio de o réu exercer as prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório.

Cita o Ministro, concepção trazida por Luigi Ferrajoli¹¹⁶ de que “o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar”.

Conclui, pois, pela inteira aplicação do art. 400 do CPP¹¹⁷ ao processo penal militar, principalmente em razão da natureza jurídica deste ato na persecução penal, acolhendo também a proposta de modulação formulada pelo Relator¹¹⁸.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹³ BRASIL, op. cit., nota 30.

¹¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 18.

¹¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486.

¹¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 35.

Faltando apenas o voto do Ministro Ricardo Lewandowski¹¹⁹, já que a Ministra Rosa Weber¹²⁰ aderiu a posição do Relator, da Primeira Turma, do Ministro Fux e de seus precedentes na mesma linha, o Ministro Luís Roberto Barroso resolve, então, retificar seu voto.

Apesar de sustentar que do ponto de vista técnico a discussão deveria ser solucionada pelo princípio da especialidade, cabendo ao Congresso editar uma lei que alterasse os procedimentos especiais, como a maioria do Tribunal compreendeu que o Supremo pode, pela via interpretativa, expandir o sentido e o alcance da norma, não contrariou a posição.

Assevera que a proposta de redação do Relator¹²¹ eliminou a preocupação acerca do impacto das mudanças aos processos já julgados, regidos pelas leis especiais, principalmente a Lei de Drogas¹²². O que está sendo feito, para ele, é uma expansão da vontade do legislador, que se referiu apenas ao procedimento comum e não uma declaração de inconstitucionalidade, havendo apenas uma mudança de orientação jurisprudencial.

Ao final do julgamento, ocorreu um debate entre os Ministros Teori Zavascki¹²³, Ricardo Lewandowski¹²⁴, Celso de Mello¹²⁵, Luis Roberto Barroso¹²⁶ e o Relator Dias Toffoli¹²⁷, que apesar de breve e objetivo, tem uma grande relevância. Deliberaram sobre a possibilidade de ampliação da redação proposta, para incluir outros procedimentos especiais, além do previsto no Código de Processo Penal Militar¹²⁸. O Ministro Dias Toffoli¹²⁹ chegou a sugerir a edição de uma súmula vinculante, porém por esta depender de reiteradas decisões, não avançou a proposta.

Também foi sugerido pelo Ministro Ricardo Lewandowski¹³⁰ a inclusão dos procedimentos administrativos, porém, o Ministro Relator¹³¹ manifestou que se deve aguardar o administrativo, não devendo o Supremo se antecipar.

O Ministro Barroso¹³² chega a tratar da necessidade de um debate em outro momento, provavelmente em uma ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² BRASIL, op. cit., nota 9.

¹²³ BRASIL, op. cit., nota 35.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

constitucionalidade, acerca da transcendência dos motivos determinantes, já antecipando seu posicionamento de que esta deve ser reconhecida. Tal transcendência se justifica em razão do art. 102, §2º da Constituição Federal, que prevê:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Apesar de ter eficácia vinculante e contra todos, a teoria da transcendência dos motivos determinantes chegou a ser admitida pelo Supremo em um julgado de 2005¹³³, porém, atualmente a posição pacífica é no sentido de que não pode ser acolhida¹³⁴, ou seja, o STF adota a teoria restritiva, segundo a qual somente o dispositivo da decisão produz efeito vinculante. Logo, os motivos invocados na fundamentação da decisão não são vinculantes. Caso contrário, além do dispositivo, os motivos determinantes (*ratio decidendi*) também seriam vinculantes.

Finalizando o julgamento, restou o voto do Ministro Ricardo Lewandowski¹³⁵, que aderiu integralmente ao voto do Ministro Relator¹³⁶, realizando-se uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio da ampla defesa e do contraditório, já que o princípio da especialidade só deve ser aplicado quando houver incompatibilidade frontal entre as leis.

Vale destacar que esse profundo debate só foi realizado uma vez que a controvérsia foi levada a Corte pela Defensoria Pública da União, que atuou em defesa dos réus. Caso não fosse questionada, ainda se dependeria de um julgamento para pacificar a questão¹³⁷.

Assim, o Tribunal indeferiu a ordem por unanimidade e por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio¹³⁸, modulou a decisão, tudo nos termos do voto do Relator¹³⁹. Estavam ausentes, justificadamente, os Ministros Carmen Lúcia e Luiz Fux.

¹³³ CUNHA JUNIOR, Dyrlei da. *O que é a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes?*. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/206655274/o-que-e-a-teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes>>. Acesso em: 18 out. 2016.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 8168/SC*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4429246/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-8168>>. Acesso em: 17 out. 2016.

¹³⁵ BRASIL, op. cit., nota 35.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Apesar de não terem sido beneficiados diretamente pela decisão, pois a ordem foi indeferida, sendo aplicada somente aos processos que ainda estão com a instrução em desenvolvimento, trouxe um precedente que poderá beneficiar outros casos que assim se enquadrem na problemática, podendo futuramente até se tornar vinculante, caso os doutos Ministros assim decidam.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

2. O DESENVOLVIMENTO DO INTERROGATÓRIO NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS

Nesse segundo capítulo, se discorrerá acerca da evolução histórica dos sistemas processuais penais e o reflexo no interrogatório, tendo em vista o modelo gestor do processo penal vigente nas diversas fases apresentadas. Assim, serão apontadas as principais diferenças e mudanças, bem como o que se sedimentou até os dias atuais, acompanhando as formas de governo adotadas, bem como a cultura, os costumes e os valores perpetrados pelos diversos povos e momentos históricos.

Por fim, finalizará com uma análise acerca da natureza jurídica do interrogatório judicial segundo a doutrina processualista penal e a jurisprudência.

2.1 Evolução histórica dos sistemas processuais e sua reflexão no interrogatório

Os sistemas processuais penais foram implementados nas sociedades pelos governos, em razão da necessidade de se constituir uma forma de julgamento daqueles que fossem acusados do cometimento de um determinado crime. Em tais casos o Estado deve tomar para si o monopólio da jurisdição, aplicando o direito ao caso concreto, intervindo nas relações jurídicas, evitando-se assim, que condutas contrárias ao ordenamento jurídico sejam impunes, o que geraria o desrespeito aos bens jurídicos tutelados e a desordem.

No entanto, essa atividade jurisdicional precisava de limites, tanto para o seu exercício, como para a sua própria condução e organização, que não poderia apenas se preocupar com a mera punição, mas também com a busca por um resultado o mais próximo possível da realidade. Até chegarmos ao contexto atual, em que se busca a democracia, bem como a proteção dos direitos do réu, o homem precisou aperfeiçoar paulatinamente o direito processual penal.

Desde a Grécia e Roma, até os dias de hoje, a doutrina costuma classificar a existência de três sistemas processuais: inquisitivo, acusatório e o misto. No entanto, não houve um desenvolvimento contínuo e regular, do inquisitivo até o acusatório, pois traços de ambos os sistemas já eram utilizados desde o início, mas um predominava mais que o outro.

2.1.1 O processo penal na Idade Antiga

Os Hebreus consideravam o interrogatório um meio de defesa, sendo um grande sinal de evolução diante dos outros povos¹⁴⁰. A confissão, por exemplo, era considerada uma ação contrária à natureza, pois ao confessar o réu estaria disposto a ser condenado e a sofrer a punição, o que seria uma disposição da própria vida. Como a vida para esse povo não pertencia à eles, mas a Deus, seria como um suicídio tal ato, o que era condenado pela religião da época. Por isso, a confissão não era considerada prova, inviabilizando uma condenação do acusado em razão dela.

Vigia no direito hebraico a regra das “duas testemunhas”, antecedente distante do princípio da não-autoincriminação, ou seja, deveria ser colhido o depoimento de pelo menos duas testemunhas para que houvesse prova suficiente a ensejar uma condenação.¹⁴¹

Contudo, a doutrina muitas vezes dá como exemplo um caso famoso, em que não se seguiu tal regra. No julgamento de Jesus, o Conselho dispensou o depoimento das testemunhas e o interrogou. A condenação fundou-se somente em seu interrogatório, pois quando foi questionado se era filho de Deus, Jesus respondeu: “Vós o dizeis, eu sou”¹⁴².

Já o processo penal Grego tinha como principais características a aplicação do princípio da oralidade e do princípio dispositivo no processo penal. Os cidadãos participavam do exercício da acusação, os acusadores privados deveriam apontar quais as provas utilizadas, enquanto os juízes só poderiam ter iniciativa para decretar ou produzir prova de ofício em situações especiais.

Quanto à denúncia anônima, essa não era permitida, aplicando-se o princípio *ne procedat iudex ex officio*, havendo punição para aquele que fizesse uma denúncia caluniosa. Os julgamentos eram públicos e feitos em colegiados, sendo que em Atenas existiam os seguintes Tribunais: os da Assembleia do Povo, o Aéropago, o Tribunal dos Éfetos e o Tribunal dos Heliastas.

O primeiro julgava exclusivamente os crimes políticos graves, não havendo garantias ao acusado. O segundo julgava os homicídios premeditados, incêndios, traição e todos os crimes

¹⁴⁰ TRISTÃO, Adalto Dias. *O interrogatório como meio de defesa* – enfoque constitucional e processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 60.

¹⁴¹ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

¹⁴² Evangelho segundo São Lucas 22: 66-71. Disponível em: <http://capuchinhos.org/biblia/index.php/Lc_22>. Acesso em: 10 out. 2017.

a que se cominava pena capital, sendo a votação secreta e após o cair do sol. Já o terceiro era composto por cinquenta e um juízes, que deveriam ser membros do Senado, sendo competente para julgar os homicídios involuntários e não premeditados. Por fim, o último exercia a jurisdição comum.

Quanto mais juízes melhor, logo, em um mesmo julgamento poderiam estar presentes 100 ou 6.000 juízes, pois se acreditava que quanto mais cabeças, melhor se assegurava a justiça. O Estado incentivava os juízes a realizarem mais julgamentos, conferindo três óbolos a cada um dos juízes por crime julgado¹⁴³.

Quanto ao rito processual, o primeiro a falar era o Acusador, que inquiria as testemunhas. Em seguida a Defesa se manifestava. Os juízes votavam sem deliberar, em posição de árbitros passivos. Decidia-se pela maioria de votos, sendo o acusado absolvido em caso de empate.

O acusado deveria provar a sua inocência, proclamando um juramento em seu julgamento. No entanto, como somente os cidadãos prestavam juramento, quando um escravo era julgado, caso seu depoimento fosse duvidoso, acabava-se dando azo à ocorrência da tortura para extrair eventual confissão do acusado ou para conseguir uma delação quanto aos cúmplices. A tortura era cometida na maioria das vezes contra os escravos.

Em Roma, haja vista o império que dominou durante anos uma grande extensão territorial, seu sistema jurídico era avançado e eficiente para aquela época. Pode-se dizer que o direito processual romano passou por diversas etapas. No início da Monarquia, com a insurgência de uma *noticia criminis*, o juiz já poderia proceder com a investigação, sendo a fase da *inquisitio*. Após, já poderia aplicar a pena, não sendo conferida ao acusado qualquer espécie de garantia. O processo era chamado de *cognitio*.

Com o intuito de limitar esse poder conferido ao Magistrado, a *Lex Valeria de Provocatione* trouxe o instituto da *provocatio ad populum*, no qual o condenado tinha a faculdade de recorrer da decisão, sendo a sentença reanalisada pelo povo, reunido em comício. No entanto, somente aos *civis romanus* fora conferido esse direito.

A *accusatio* veio no último século da República transformar o procedimento, permitindo a qualquer cidadão acusar, exceto os magistrados, as mulheres e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade. Assim, o acusado é que

¹⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

iniciava o processo, sendo admitido ou não pelo *quaesitor*. Uma vez admitida, a acusação era registrada no Tribunal. Mais a frente, conferiu-se a acusação a vários cidadãos.

O julgamento era semelhante ao procedimento atual do Tribunal do Júri: o *quaesitor* deveria manter a ordem e prolatar a sentença, que era decidida pelos *judices jurati*, os jurados atualmente. No entanto, no início a votação era oral, passando a ser secreta. Se houvesse empate, o acusado era absolvido.

Com o passar dos anos, o procedimento mudou a sua forma, passando a ser a *cognitio extra ordinem*, que de certa forma retrocedeu o sistema. Essa mudança ocorreu em razão do desinteresse da população em exercer a *accusatio*. Assim, o magistrado passou a exercer tanto a acusação quanto a atribuição de julgar, não havendo imparcialidade.

Muitas pessoas se aproveitavam dessa concentração de poder, cometendo falsas delações e recebendo recompensas. Foi então que Trajano, diante do caos, editou um decreto que permitia a imposição de prisão aos delatores, até o término do processo.

Em Roma havia inclusive uma Polícia Judiciária, encarregada das investigações preliminares, atuando o Magistrado de ofício. Poderia este também realizar o julgamento sem os *judices jurat*, decidindo sozinho. O recurso realizado pelo réu era dirigido ao Imperador. Após, os pedidos passaram a ser dirigidos a Magistrados Superiores.

Vale destacar que o acusado deveria contestar a acusação, sendo a tortura admitida para alcançar a sua confissão, o que levava a condenação. O acusador que não lograsse êxito, poderia sofrer penas, sendo considerado caluniador¹⁴⁴.

2.1.2 O processo penal Canônico

Durante a forma de governo Monárquica, o processo penal era ligado à vontade do rei, chefe de Estado soberano. Como representante de Deus na Terra, o monarca governava com poder absoluto sobre o Estado e o governo segundo a vontade de Deus. Assim, a Constituição e o Processo Penal eram extremamente ligados à vontade do soberano, que exercia seu poder com discricionariedade, fazendo frente ao poder disseminado dos senhores feudais.

A Carta Magna, na verdade, era mais um documento formal, sendo exteriorizada pela vontade do rei, que estabelecia os limites das normas jurídicas. Nesse panorama histórico,

¹⁴⁴ TRISTÃO, op. cit., p. 64.

surgiu o Direito Canônico, em que se dava grande relevância aos crimes cometidos contra a Igreja, sendo na época o catolicismo a religião oficial do Estado.

Por volta do século XII, período da jurisdição eclesiástica, a princípio o direito era utilizado como instrumento de defesa dos interesses da Igreja, subtraindo-se pouco a pouco dos Clérigos a jurisdição. O processo penal ainda era predominantemente acusatório, havendo um órgão acusador, que se apresentava aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais encarregados de exercer a função jurisdicional.

Conforme o fundamento religioso se fortaleceu com o político, já que o próprio Monarca incentivava o poder da Igreja em prol de sua perpetuação no poder, o sistema acusatório se enfraqueceu, na medida em que os dogmas se alteraram. Não se sabe ao certo o que causou essa mudança, se foi a dificuldade das partes coletarem provas essenciais para a acusação ou se os próprios ideais do interesse público, demonstrados pela impossibilidade de falha dos representantes de Deus.

A partir do século XIII, pode-se dizer que o sistema acusatório foi substituído pelo inquisitivo. Os magistrados tinham autoridade para investigar, coletar provas, acusar e julgar, sendo o acusado um objeto de análise, não podendo contribuir em nada para a sua defesa¹⁴⁵. Os direitos que lhe eram garantidos foram afastados, não havendo ampla defesa e contraditório. As provas eram valoradas de forma hierárquica, onde a confissão era a principal delas.

Oficialmente, a inquisição foi criada por Inocêncio III em 1216 como instituição oficial e permanente para toda a Igreja. A principal finalidade era o combate a heresia, o que na verdade era uma forma de eliminar aqueles que eram contra o governo do rei, já que a heresia era considerada crime contra a Igreja e contra o Estado.¹⁴⁶

Mesmo estando consagrado o princípio de que *tribus modis processu possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*, prevaleciam as denúncias anônimas e a inquisição. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição era competente para julgar as causas em que se aplicava o direito canônico. Durante esse período, já não se exercia a acusação de forma exclusiva nos crimes de ação penal pública, além de ser abolida a publicidade dos processos, que eram secretos.

Quanto ao procedimento no Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, esse era composto pelo inquisidor, seus assistentes, um conselheiro espiritual, guardas e um escrivão.

¹⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

¹⁴⁶ COUCEIRO, op. cit., p. 45-46.

Normalmente o tribunal se instalava nas cidades, anunciando sua presença para que os fiéis católicos se reunissem e fizessem um juramento no qual se comprometiam a denunciar os suspeitos de heresia, caso fossem conhecidos.

Após, vinha o “Tempo da Graça”, que durava de 15 a 30 dias, concedendo aos acusados nesse período a possibilidade de purificação e perdão. Não havendo comparecimento voluntário, o suspeito era citado para se apresentar ao Tribunal. Ao comparecer, deveria jurar dizer a verdade, obedecer à Igreja, se submeter à eventual penitência, bem como de delatar outros hereges. Caso escolhesse permanecer em silêncio, sem fazer o juramento, era considerado culpado como se tivesse confessado.

Dessa forma, seguia-se para o interrogatório do réu, tomado a termo pelo escrivão, com a presença de duas pessoas imparciais, que assistiam ao ato. Caso confessasse sua heresia, demonstrando intenção de se regenerar, não lhe seria aplicada uma pena como sanção, mas sim uma penitência. Nesse período, o interrogatório tinha natureza meramente probatória, não sendo meio de defesa. Sua principal finalidade era extrair do acusado uma confissão, utilizando-se a tortura para forçá-la ou até mesmo antecipar a punição.

Em razão do sistema de hierarquia das provas, em conjunto com a utilização da tortura, o que existia era um processo penal pautado em ameaças psicológicas e físicas, já que os interrogatórios duravam horas, geralmente até o acusado não sustentar e se declarar culpado de um crime que sequer havia cometido, misturando-se o conceito de delito com o de pecado.

Caso houvesse condenação, a execução da penitência era muito diferente da penitência sacerdotal que hoje conhecemos. O castigo mais brando era aquele imposto aos que se entregavam de forma voluntária durante o “Tempo da Graça”, sendo o herege obrigado, por exemplo, a se despir e aparecer na Igreja todo Domingo carregando uma vara. Em um determinado momento da missa, o padre realizava os açoites diante de toda a congregação¹⁴⁷

As execuções mais rígidas ocorriam em praça pública, servindo de exemplo à todos, para que não cometessem delitos. O Estado, assim, exercia o controle por meio do medo e da imposição, já que a punição às vezes causava mais choque a sociedade do que o próprio crime que estava sendo julgado.

Pode-se entender que o sistema inquisitivo foi um retrocesso em vários aspectos como sistema processual penal, visto que a verdade que se buscava distanciava-se bruscamente da verdade real. O foco era a realização das punições, de forma arbitrária, sem conferir direitos

¹⁴⁷ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 48.

aos réus, que uma vez acusados dificilmente conseguiriam mostrar ao inquisidor a sua inocência.

Há quem entenda que, graças a esse sistema houve um aprofundamento do que se entendia como Constituição, surgindo posteriormente a democracia moderna¹⁴⁸, ou também que havia uma avaliação mais rigorosa das provas, a separação da fase instrutória da fase dos debates, bem como a importância dada ao elemento psicológico do crime e que configuraram progresso para a ciência penal.¹⁴⁹

A insatisfação de grande parte da população com a perseguição realizada no período inquisitorial e o surgimento de uma nova classe social, a burguesia, fez com que aos poucos esse sistema fosse sendo contestado, junto com a ideologia jurídico-política do próprio absolutismo, predominante na Europa Continental nos séculos XVII e XVIII.

2.1.3 O processo penal na Idade Moderna

Por volta do século XVIII surgiu um movimento cultural da elite intelectual europeia chamado do Iluminismo, em que se valorizava a razão como forma de pensar, visando uma reforma da sociedade que ainda se amparava nos conhecimentos idealizados na era medieval. Destacou-se principalmente na França, se difundindo aos poucos para outros países da Europa, tendo sua gênese na Europa Ocidental.

Os ideais políticos da chamada “Era da Ilustração” chegaram a influenciar a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Carta dos Direitos dos Estados Unidos, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição Polaco-Lituana.¹⁵⁰ Defendiam-se os direitos individuais, a razão, a liberdade e a fraternidade, elementos deslembados durante o absolutismo.

A Revolução Francesa foi um grande marco de mudança na Europa Continental. Diante de uma grave crise financeira, social e política do Estado, o chamado terceiro estado, que era constituído por burgueses, camponeses sem terra e os *sans-culottes*, uma camada heterogênea composta por artesãos, aprendizes e proletários, uniu-se com o intuito de causar

¹⁴⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 33-37.

¹⁴⁹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 64.

¹⁵⁰ PALMER, Robert apud TRISTÃO, Adalto Dias. *O interrogatório como meio de defesa – enfoque constitucional e processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 70.

uma revolução visando reformas no âmbito da tributação, bem como a conquista de direitos, já que eram oprimidos pela sociedade e prejudicados pelas leis.

As bases jurídicas do Antigo Regime foram reconstruídas à luz do pensamento Iluminista, representado por Voltaire, Diderot, Montesquieu, John Locke, Immanuel Kant etc. Por meio de suas construções intelectuais, as críticas ganharam material para fundamentar a reforma das estruturas políticas e sociais absolutistas, construindo aos poucos o sistema liberal burguês.

Havia uma grande insatisfação popular, fazendo com que o povo fosse às ruas visando à tomada do poder e a retirada da monarquia comandada pelo rei Luís XVI. A Queda da Bastilha¹⁵¹ em 14 de Julho de 1789 marca o início do processo revolucionário, que visava afastar a monarquia do poder e instaurar um sistema político que priorizasse a igualdade, a isonomia e a fraternidade entre os homens.

A partir da Revolução Francesa, as legislações dos Estados europeus continentais sofreram consideráveis alterações, antes inspiradas no modelo inquisitório do Direito Canônico. Pensadores como Hobbes, Voltaire e Beccaria foram essenciais para o surgimento dos direitos e garantias individuais, criando condições ideais para a formação das reflexões e princípios que constituem o processo penal moderno

A maioria das Constituições originárias de países que adotam o sistema de direito romano-germânico foram inspiradas pela Revolução Francesa, pois foi a partir dela que os direitos processuais penais, as garantias e os princípios foram reformulados. Cesare Bonnesana, o Marquês de Beccaria, aristocrata italiano, escreveu em 1764 a obra “Dos delitos e das penas”, marco decisivo para o direito penal e processual penal moderno, revelando inúmeras falhas do sistema que vigia na época.¹⁵²

A democracia moderna também teve o seu surgimento diante desse contexto de transformações ocorridas nos Estados influenciados pelo Iluminismo. O povo passa a buscar uma participação mais ativa na vida política, em prol de um maior reconhecimento perante a sociedade, que antes apenas era construída conforme as decisões do clero e da aristocracia.

Assim, é possível identificar três estágios da democracia moderna: o Estado de Direito, fase em que se preza pelo liberalismo econômico, sendo a liberdade do indivíduo direito idealizado por todos; o Estado Social de Direito, em que se tenta conciliar o capitalismo com o

¹⁵¹ Como a monarquia francesa realizava prisões políticas como forma de fortalecer e legitimar o seu governo, a Bastilha foi utilizada como prisão, sendo esse o local onde ficavam os presos políticos.

¹⁵² COUCEIRO, op. cit. p. 53.

bem estar social e o Estado Democrático de Direito, que busca um equilíbrio dos direitos individuais e sociais, como a saúde, o trabalho, a educação, sem deixar de garantir a liberdade, a ampla defesa, o contraditório, a igualdade material, tendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

O Estado de Direito teve início justamente com o fim do absolutismo. A separação dos poderes, idealizada por John Locke e posteriormente, com algumas modificações, por Montesquieu, trouxe um maior equilíbrio para política, pois com a separação de funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário criou um sistema de proteção ao abuso de poder. A lei, por exemplo, passa a emanar de representantes do povo, e não mais de órgãos que apenas visavam o seu próprio interesse e fortalecimento, para que perpetuassem no controle do Estado¹⁵³.

Os direitos consagrados durante o liberalismo eram chamados de direitos de primeira geração. Segundo Gilmar Mendes¹⁵⁴:

[...] a primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

No processo penal moderno, o direito a não auto-incriminação era debatido pela cultura iluminista, que construía os alicerces desse novo sistema processual, tentando se desvincular do sistema inquisitivo. Dessa forma, surgiu o sistema misto na França, trazido pelo *Code d'Instruction Criminelle* em 1808, servindo como inspiração às outras legislações da Europa Continental.¹⁵⁵

Por meio do sistema misto, buscou-se diminuir a impunidade do sistema acusatório, bem como a falta de direitos conferidos ao acusado, característica do sistema inquisitivo. Assim, possui características mistas, ou seja, tanto do sistema inquisitorial, tanto do sistema acusatório. A persecução penal continuava sendo exercida pelo Estado, mas antes da propositura da ação penal, sendo levada a conhecimento do Estado-juiz. Porém, as

¹⁵³ DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Editorial Cuadernos para El Diálogo, 1973, p. 29 e ss.

¹⁵⁴ MENDES, op. cit., p. 141.

¹⁵⁵ HADDAD, op. cit., p. 65.

investigações ainda eram realizadas pelo juiz, o que comprometia a imparcialidade. O Ministério Público passou a exercer a acusação, separando-se as funções nesse âmbito¹⁵⁶.

O sistema trazido pelo Código de Instrução Criminal da França era bifásico. Ou seja, a fase de investigação era dirigida por um juiz de instrução, sem possibilidade de contraditório e a fase de julgamento era presidida por outro juiz.¹⁵⁷

Ainda, acerca das garantias do acusado, este era considerado inocente até a sua condenação, analisando-se o interesse público quanto a aplicação das sanções penais. Nos Tribunais, havia o livre convencimento do magistrado, sendo as decisões passíveis de recurso.

Quanto ao interrogatório, este era utilizado tanto como meio de prova, como meio de defesa. Quando ocorria uma confissão, por exemplo, era meio de prova. Porém, na audiência, era meio de defesa, além de ser o último ato processual, o que permitia ao acusado a defesa quanto aos fatos já imputados, com base na produção de provas no processo.¹⁵⁸

2.1.4 O processo penal Brasileiro

No Brasil Colônia, com a edição das Ordenações Manoelinas, iniciou-se a formação das bases do ordenamento jurídico brasileiro por meio de Martim Afonso de Souza. Tinha-se como modelo o ordenamento Português, conforme a carta de poderes outorgada pela Coroa portuguesa, que estabelecia as atribuições de Martim de Afonso, conferindo-lhe amplos poderes judiciais.

Inicialmente, os processos criminais surgiam pelos “clamores”, depois pelas “querelas”, que eram feitas pelos particulares em juízo, seja por interesse próprio ou público, e por fim, as conhecidas denúncias¹⁵⁹. O sistema era o inquisitivo, pois era regulado pela lei portuguesa.

Em seguida, o Código de D. Sebastião entrou em vigor, mas com breve duração, pois em 1580 Felipe II, de Castela, governou Portugal. Em 1603 o referido código foi substituído pelas Ordenações Filipinas.

¹⁵⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52.

¹⁵⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

¹⁵⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 294.

¹⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

Desde 1609, na Bahia, havia o Tribunal das Relações, que conhecia dos recursos interpostos das decisões dos Ouvidores Gerais, que por sua vez, conheciam das apelações interpostas às sentenças proferidas dos Ouvidores das capitanias e dos juízes ordinários. Em 1751 foi criado o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro.

Durante o governo holandês em Pernambuco, que durou de 1630 a 1654, foi estabelecida a dominação de uma região que abrangia desde o litoral do estado do Maranhão até Sergipe. Nessa região, instalou-se o direito dos usos, ordenações e costumes imperiais da Holanda. Uma peculiaridade é que no processo penal não existia distinção entre a fase investigativa e a fase judicial, podendo ser a acusação realizada por funcionários do Estado ou por particulares¹⁶⁰. Contudo, as normas aplicadas pelos holandeses não contribuíram muito para a formação do processo penal brasileiro.

Com a independência do Brasil, no período imperial foi outorgada a Constituição de 1824, e diante da influência dos ideais liberais, que afastavam algumas práticas do sistema inquisitivo, surgiu em 1832 o primeiro Código de Processo Penal, inspirado no sistema misto ou Napoleônico¹⁶¹. Apesar dos ideais liberais, esse código ainda estava ligado ao Direito Inquisitivo, pois aqueles que gozavam de privilégios poderiam com o pagamento se livrar das sanções penais.

Em 1891, iniciando-se o período Republicano, tendo em vista a proclamação da República, foi atribuído aos Estados a faculdade de legislar sobre Processo Penal, bem como de terem duas próprias constituições. No entanto, a maioria dos Estados preferiu adotar a legislação federal como norma. A promulgação da Constituição de 1934 restabeleceu a unidade processual, eis que somente a União poderia legislar sobre processo penal.

Com o advento da Constituição Federal de 1937, era necessário um novo código de processo penal, o que ocorreu em 1941, com a promulgação do Decreto-lei nº 3.689/1941. Prevalencia o entendimento que o sistema era o misto, pois a persecução penal é instaurada pelo inquérito policial, fase inquisitorial. No entanto, com o início do processo, há a fase acusatória.

Pode-se dizer que somente a partir da Constituição de 1988, que prevê expressamente a separação das funções de acusar, defender e julgar, é que se restabeleceu o sistema acusatório, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, bem como o princípio da presunção de inocência.

¹⁶⁰ MIRABETE, op. cit., p. 17.

¹⁶¹ MACHADO, op. cit., p. 7.

Todavia, o sistema processual atual não é acusatório puro, até porque o Código de Processo Penal teve inspiração no modelo fascista italiano, devendo haver uma releitura diante da nova ordem constitucional, que trouxe direitos, garantias e princípios não antes consagrados. Alguns momentos em que o juiz ainda se afasta da função de julgador imparcial, é na possibilidade de abertura de inquérito (art. 5º, II do CPP); decretar de ofício prisão preventiva (art. 311 do CPP); conceder habeas corpus de ofício (art. 654, §2º do CPP); ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, I do CPP), ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) entre outras possibilidades¹⁶², em que poderá agir com uma postura mais ativa.

2.2 Natureza Jurídica do Interrogatório: fonte de prova e meio de defesa

Primeiramente, antes de discorrer acerca da natureza jurídica do interrogatório, é importante destacar que o interrogatório judicial, que é realizado diante do juiz, para a instrução de processo criminal, difere-se daquele realizado na fase inquisitorial, presidido pelo Delegado de Polícia. Uma diferença, por exemplo, é a presença do advogado, que no interrogatório policial não é obrigatória e nem imprescindível. Já na fase judicial, a presença de defensor é essencial para a realização do ato, tendo o réu inclusive direito de se entrevistar prévia e reservadamente antes de sua realização (art. 185, do CPP).

Por possuir o inquérito policial natureza inquisitorial, não se aplicando a ele o contraditório e ampla defesa, o art. 6º do CPP deve ser interpretado no sentido de que em sede de investigação preliminar, não se faz necessária a presença de advogado, devendo o indiciado ser ouvido pela autoridade policial, que deverá lhe assegurar o direito ao silêncio por meio de um aviso formal.

Segundo Antônio Scarance Fernandes, os principais direitos do acusado na fase processual são: a) ter ciência da imputação; b) ser ouvido sobre a imputação; c) ter conhecimento do proceder investigatório; d) apresentar, por si ou por defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação.¹⁶³

¹⁶² TOURINHO, op. cit., p. 124.

¹⁶³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113.

Pode-se definir o interrogatório judicial como um ato processual, imprescindível e personalíssimo, desenvolvido sob a presença do juiz natural criminal, que objetiva tanto coletar informações acerca do fato delituoso discutido em sede processual, bem como conferir ao acusado a oportunidade de exercer a sua autodefesa, pois poderá apresentar a sua compreensão acerca do ocorrido ou manter-se calado.

Quanto a sua natureza jurídica, a doutrina tem debatido se é um meio de prova ou mero ato de defesa, apesar de o atual Código de Processo Penal situá-lo no Capítulo III (“Do interrogatório do acusado”) do Título IV (“Da prova”). Assim, na doutrina, há quatro correntes acerca do tema:

Uma primeira corrente¹⁶⁴, representada por autores como Adalberto Camargo Aranha, Frederico Marques, entre outros, se posiciona no sentido de ser um meio de prova, mantendo a visão que advém da origem do Código de Processo Penal, influenciada pelos ideais fascistas do Código de Processo Penal italiano. É por meio da prova que se reconstrói o desenvolvimento dos fatos, sendo possível fundamentar o julgamento, alcançando-se assim, uma verdade processual.

Para Frederico Marques, que apresenta o argumento majoritário dessa corrente, trata-se de meio de prova por estar inserido como uma modalidade de prova no Código de Processo Penal.¹⁶⁵ Contudo, a justificativa com base legalista parece ser insuficiente para explicar esse posicionamento.

Ademais, pode-se argumentar que o magistrado pelo livre convencimento motivado irá avaliar o interrogatório do réu e usá-lo como entender conveniente em sua sentença, possuindo discricionariedade para dirigir o ato, bem como que em caso de confissão, esta será considerada prova a favor da acusação.

No entanto, mesmo com as outras complementações, aparenta ainda ser essa corrente insuficiente para explicar o grande papel desse momento processual conferido ao réu.

Uma segunda corrente, que ganhou força após a reforma processual de 2008, pois o interrogatório passou a ser feito no final da instrução processual, se posiciona no sentido de ser um meio de defesa. Alguns doutrinadores como Pimenta Bueno, Tourinho Filho¹⁶⁶, adotam-na,

¹⁶⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.51; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 296.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 80; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 65.

entre outros. Segundo ela, o interrogatório está relacionado ao direito de defesa do réu, que poderá por força do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da CF/88) poderá responder ou não aos questionamentos realizados durante o ato.

É importante lembrar que, apesar de o réu ter o direito de se manter calado, não há escusa para a não realização do interrogatório. Considerando-o como meio de defesa, não pode ser subtraído do réu essa oportunidade, adotando-se o rito legal.

Quanto aos limites do direito a não-autoincriminação, durante a primeira fase do interrogatório, em que o réu é questionado sobre sua identidade, não poderá o acusado se negar a responder ou mentir no que diz respeito a sua qualificação pessoal, evitando-se o risco de se passar por outra pessoa ou por pessoa inexistente, o que comprometeria a instrução probatória. Esse inclusive é o entendimento da jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores¹⁶⁷.

Essa segunda corrente, que considera o interrogatório um meio de defesa compatibiliza-se com a atual Constituição Federal, que consagra várias garantias que compõem o processo acusatório, dentre elas a autodefesa (art. 5º, LV da CF/88) e a obrigatoriedade de defesa técnica (art. 5º, LXXIV da CF/88), introduzida no CPP pela Lei 10.792/2003, sendo ambas, desdobramentos do direito a ampla defesa. Se o interrogatório do réu apenas será realizado mediante acompanhamento de seu defensor, isso denota a necessidade da defesa, não sendo um mero ato probatório, mas uma obrigatoriedade para o devido processo legal.

A autodefesa é a oportunidade em que o próprio réu, em audiência, se defende da imputação narrada na denúncia, podendo influir no processo. Poderá ser exercida ou não. O Código de Processo Penal prevê em seu art. 360 que o réu preso deverá ser pessoalmente citado, apresentando uma forma de garantia desse direito.

Já a defesa técnica é indisponível para um julgamento justo e com paridade de armas, pois o juiz irá avaliar as provas demonstradas e as confrontará com a tese de acusação e a tese de defesa, para que, por meio de seu livre convencimento motivado, decida pela condenação ou absolvição do réu, fundamentando a sentença.

Caso não haja defesa técnica para o acusado ou essa seja deficiente, ou seja, por mais que exista formalmente, não está sendo desempenhada, poderá haver uma nulidade no processo, por violação a um direito fundamental fixado na Constituição Federal. O próprio Supremo

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 79.812/SP*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 28 jun. 2017; BRASIL. *Súmula 522 do STF*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/05/nova-sumula-522-do-stj-comentada.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

Tribunal Federal, em razão da importância da matéria, editou o enunciado de súmula 523 para não restar dúvidas quanto a possibilidade de nulidade absoluta, desde que provado o prejuízo do réu¹⁶⁸.

A defesa, além de uma garantia do réu, também é uma limitação imposta ao Estado-Administração ao exercer o seu *ius puniendi*. O réu tem o direito de provar e se manifestar quanto a sua inocência em uma sociedade democrática, em que o Estado não se sobrepõe ao indivíduo.

Havendo uma ação penal proposta em face de alguém, este tem o direito de confrontar essa acusação, apresentando a sua tese de defesa. Desse enfrentamento eficaz é que nasce o contraditório. Um réu indefeso, além de não resistir ao direito de ação, também deixa de exercer o contraditório, ideal para o equilíbrio processual entre as partes.

A terceira corrente, adotada pelo STF¹⁶⁹, considera que a natureza jurídica do interrogatório é mista, ou seja, é meio de prova e de defesa.

É ato de defesa porque é por meio dele que se pode apresentar a tese de defesa, sendo uma oportunidade para o acusado narrar a sua versão dos acontecimentos, de apresentar eventuais provas, enfim, poderá demonstrar que não cometeu o ilícito que lhe é imputado. No entanto, não bastando, também é meio de prova, pois o magistrado poderá utilizá-lo como fundamento, quando cotejado com as demais provas, para uma eventual absolvição ou para uma condenação.

Por ser o posicionamento mais amplo, abarcando as duas correntes anteriormente citadas, parece ser o mais plausível, tendo em vista a complexidade do referido ato.

A anterior previsão da realização do interrogatório como o primeiro ato da audiência refletia o caráter inquisitorial da instrução, pois ao invés de conferir ao réu uma oportunidade de depor sobre o episódio e complementar as informações, na verdade, era visto mais como um momento em que aquele poderia confessar o crime, culminando em sua condenação.

Ao ser remanejado para o final da instrução, altera-se essa visão, pois o acusado passa a ter conhecimento de todos os depoimentos, documentos, informações, enfim, tudo que é a favor de sua condenação e da privação de sua liberdade, tornando a sua defesa muito mais

¹⁶⁸ BRASIL. *Súmula 523 do STF*: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 28 jun. 2017.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 89.892/PR*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3688897>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

equilibrada, possibilitando um verdadeiro combate com a acusação, em paridade, sem privilégios.

Dessa forma, a referida alteração da lei ressalta o papel de defesa do interrogatório, direito constitucionalmente assegurado, tendo por isso primazia em relação a sua natureza como somente meio de prova. O acusado, quando decide se calar, está exercendo seu direito ao silêncio, que é direito de defesa. Não se pode duvidar, contudo, que quando o réu decide falar, suas declarações poderão ser consideradas pelo juiz criminal como provas, por isso a natureza mista.

3. O PRINCIPAL FUNDAMENTO JURÍDICO PARA A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO JUDICIAL NO TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL: OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM SUA ACEPÇÃO MÁXIMA

Nesse terceiro capítulo serão analisadas as bases das principais teses abordadas no *Habeas Corpus* (HC) 127.900/AM a favor da prática do interrogatório no início da instrução processual, que se sustenta na concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante o processo penal, sem deixar que eventuais restrições lhe sejam atingidas, o que, caso contrário, violaria direitos e garantias conferidas aos réu pela Constituição Federal.

3.1 Aplicação do princípio, direito e garantia ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal no processo penal brasileiro, integrado ao Estado Democrático de Direito

Ao tratar da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, não se pode deixar de mencionar a sua natureza tríplice de princípio, direito e garantia. Evidentemente, é difícil enquadrá-los em apenas uma categoria, tendo em vista o grau de envolvimento que possuem tanto com o sistema processual penal, com os indivíduos e com a proteção destes.

Segundo Humberto Ávila¹⁷⁰, pode-se conceituar os princípios como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Dessa forma, os princípios não podem ser entendidos somente como valores, que normalmente atribuem uma qualidade positiva a um elemento, mas como normas que estabelecem finalidades a serem atingidas, que são efetivadas quando determinados comportamentos necessários à sua concretização são realizados.

Conforme o Título II da Constituição Federal de 1988, são enunciados os direitos e garantias fundamentais. Nos incisos do art. 5º da CRFB¹⁷¹, são descritas prerrogativas e instituições concretizadas em garantias, que possibilitam uma convivência livre, igual e digna de todas as pessoas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. São fundamentais, pois sem eles a pessoa humana não poderia conviver e até mesmo não sobreviver em sociedade.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78.

¹⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

Também expressam uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos pelo Estado.¹⁷²

Como direitos fundamentais que o são, possuem as seguintes características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade¹⁷³. Na forma do §1º do art. 5º da CRFB/88, possuem aplicabilidade imediata, além de serem imodificáveis pelo exercício do poder constituinte derivado (art. 60, §4º da CRFB/88) – por serem cláusulas pétreas – e não admitirem interpretação restritiva.

Para que um direito seja além de uma mera previsão, é preciso que haja uma garantia da sua efetivação. Ruy Barbosa¹⁷⁴ já dizia que no mesmo dispositivo legal, muitas vezes se enuncia o direito e a garantia, não ficando muito nítida a divisão entre eles. O que ocorre é que a atual Constituição Federal reconhece os direitos garantindo-os¹⁷⁵.

Na CRFB/88, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa estão previstos no art. 5º, inciso LV¹⁷⁶: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Apesar de inseridos no mesmo inciso e de sua influência recíproca, os dois não se confundem. Juntos, serão elementos essenciais ao devido processo legal, este com previsão no art. 5º, inciso LIV da CRFB/88¹⁷⁷: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁷² PÉREZ LUNO, Antonio Enrique; CASCAJO CASTRO, José; CASTRO CID, Benito de; GÓMES TORRES, Carmelo. *Los derechos humanos, dignificación, estatuto jurídico y sistema*. 1979. 217 f. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

¹⁷³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 185.

¹⁷⁴ BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República*. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p. 121 e 124.

¹⁷⁵ Para Ruy Barbosa, as garantias e direitos deveriam ser separadas, de forma que as disposições meramente declaratórias seriam reconhecidas como direitos e as disposições assecuratórias, que defendem os direitos e limitam o poder, seriam as garantias. No entanto, a Constituição Federal de 1988 não seguiu essa sistemática, pois o Relator, constituinte Bernardo Cabral, preferiu, em conjunto com a opinião de outros Relatores, inserir todos os direitos e garantias em um único dispositivo, na forma de incisos, tentando organizá-los em conjuntos, de acordo com a sua natureza.

¹⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁷⁷ Ibid.

3.1.1 Direito ao contraditório no processo penal

O contraditório pode ser entendido como a possibilidade de ambas as partes que compõem o processo penal terem ciência bilateral dos atos ou dos termos do processo e posteriormente, a oportunidade de rebatê-los. Assim, seriam dois os seus elementos: o direito à informação e o direito de participação.

Como exemplo de violação ao direito a informação, tem-se a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, mesmo que haja nomeação de defensor dativo, conforme o enunciado de súmula 707 do STF¹⁷⁸.

O referido direito passou a integrar a nossa Constituição em 1937, especificamente no art. 122, inciso XI, segunda parte. Posteriormente, permaneceu nas Constituições seguintes, da seguinte forma: 1946, no art. 141, parágrafo 25; 1967, no art. 140, parágrafo 16, renumerado, na Emenda Constitucional de 1969, para o art. 153, parágrafo 16.

A sua dimensão abrange não somente a ordem jurídica brasileira, mas também a internacional, sendo prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992. Assim dispõe:

Art. 8º Garantias Judiciais

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

Por meio de um exame mais ampliado do princípio do contraditório, pode-se identificar processualmente alguns efeitos de sua insurgência¹⁷⁹:

- a) a igualdade das partes ou isonomia processual;
- b) a bilateralidade da audiência e a ciência bilateral dos atos processuais (*audiatur et altera pars*);

¹⁷⁸ BRASIL. *Súmula 707 do STF*: Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 05 ago. 2017.

¹⁷⁹ ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/1>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

- c) o direito à ciência prévia e a tempo da acusação, podendo o acusado "dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa";
- d) o direito à ciência precisa e detalhada dessa acusação;
- e) direito à compreensão da acusação e do julgamento, ainda que por meio de tradutor ou intérprete;
- f) o direito à ciência dos fundamentos fático-jurídicos da acusação;
- g) a oportunidade de contrariar a acusação e de apresentar provas e fazer ouvir testemunhas;
- h) a liberdade processual de especificar suas provas e linha de defesa, escolher seu defensor e mesmo de fazer-se revel.

Resta claro que o contraditório não é somente oferecer as partes uma oportunidade de manifestação, mas também exercê-lo em um período e de maneira adequada, para que possam reagir aos atos processuais. Deve ser disposto todos os meios de defesa possíveis e admitidos pelo direito, para que assim os exerça da maneira mais efetiva possível.

Ainda, não é somente informar a parte quanto os atos processuais, mas que a participação por meio da resposta tenha a mesma intensidade e extensão. Ou seja, o contraditório exige a garantia de participação em simétrica paridade, um verdadeiro contraditório efetivo e equilibrado.

Dessa forma, segundo o italiano Elio Fazzalari¹⁸⁰, deve ser incluído ao contraditório o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, para que a igualdade processual seja real. Será justamente pela defesa, que é um dos meios pelo qual se exerce o contraditório, que essa igualdade será alcançada. Por isso diz-se que o direito ao contraditório e a ampla defesa possuem uma intensa ligação, essencial ao desenvolvimento do devido processo legal.

Deve-se ressaltar, entretanto, que não se trata de garantia absoluta, visto que há situações em que o contraditório não pode ser exercido inicialmente, de forma imediata, sendo postergado para um momento posterior. Um exemplo de sua aplicação diferida é no procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, regulado pela Lei nº 9.296/96, em que não se comunica previamente ao investigado a realização da diligência de escuta judicialmente autorizada, sob pena de prejudicar o sucesso da investigação criminal.

Além de não ser absoluto, também prevalece na doutrina e na jurisprudência que a observância do contraditório somente é obrigatória na fase processual, sendo afastado na fase

¹⁸⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 37.

investigatória, tendo em vista a previsão do próprio art. 5º, LV da CRFB/88, que o restringe ao processo judicial e administrativo. O inquérito policial é um procedimento administrativo, que objetiva a colheita de elementos de informação quanto a autoria e materialidade do crime, orientando o Ministério Público na formação de sua *opinio delicti*, não se submetendo ao contraditório.

Não obstante, apesar de ser esse o entendimento predominante, há precedente do STF no sentido de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção deste direito mesmo em sede de inquéritos policiais¹⁸¹. Ademais, após várias decisões no sentido de permitir o acesso do defensor aos autos de inquérito policial, o STF acabou editando a Súmula Vinculante nº 14, que acaba privilegiando o direito a defesa técnica, mesmo diante de um procedimento investigatório¹⁸².

Outra característica do contraditório é a capacidade de influir argumentativamente nas decisões do processo, ou seja, em seu desenvolvimento e resultado. Nesse aspecto, há forte relação com o direito a defesa técnica, uma das dimensões do direito a ampla defesa, eis que não basta para a sua concretização a concessão ao acusado do direito de ser assistido por defensor habilitado, conforme prevê o art. 262 do CPP,¹⁸³ mas a garantia de uma defesa que tenha conteúdo, pois o que se está em discussão é a liberdade de locomoção do acusado.

3.1.2 Direito à ampla defesa no processo penal

Quanto à ampla defesa, trata-se da disponibilização de todos os mecanismos àquele que diante de uma imputação, deseja exercer uma resposta. Não é apenas participar do processo, mas participar de forma efetiva. Ou seja, quando um combatente vai a guerra, não basta estar presente, mas também possuir armas, para que se proteja dos ataques.

Apesar de normalmente ser abordada em conjunto com o contraditório, pois somente quando o réu é informado dos atos processuais é que poderá efetuar a sua defesa, ambas não se

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC em HC nº 92.599/BA* Relator: Ministro Gilmar Mendes . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc92599.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁸² BRASIL. *Súmula Vinculante 14*: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados, em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 18 set. 2017.

¹⁸³ BRASIL, op. cit., nota 2.

confundem, possuindo as suas próprias características¹⁸⁴. Durante o processo penal, o acusado exerce a defesa em prol de sua liberdade e inocência. Por isso, não está obrigado a praticar nenhum ato que lhe prejudique, podendo inclusive omitir a verdade, bem como se calar durante seu interrogatório, não importando em confissão.

Em razão do direito a ampla defesa, a igualdade substancial no processo penal é aplicada de forma mitigada pelo princípio do *favor rei*, dando-se prevalência aos interesses do acusado de acordo com as seguintes previsões: a absolvição por insuficiência de provas, a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a revisão criminal exclusivamente *pro reo* e etc¹⁸⁵.

Não é somente o ordenamento jurídico brasileiro que preza pelo respeito a esses direitos, mas também a ordem jurídica internacional. Desde 1992, o Brasil incorporou o Pacto de São José da Costa Rica, introduzido pelo Decreto nº 678/1992, que possui previsão transparente acerca da ampla defesa em seus diversos aspectos:

Art. 8º

[...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

Na doutrina, segundo Eugênio Pacelli¹⁸⁶, a ampla defesa é exteriorizada pela defesa técnica, autodefesa, defesa efetiva e por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado. Algumas dessas vertentes serão analisadas pelo presente trabalho.

3.1.2.1 O direito à defesa técnica

A defesa técnica consiste na indisponibilidade e necessidade de que todos os acusados sejam assistidos por um defensor técnico. Na ausência de advogado, a Defensoria Pública deve

¹⁸⁴ Autores como Pacelli, Ada Pellegrini e Manzini chegam a afirmar que a defesa é um elemento do contraditório, sendo a primeira uma garantia da segunda, se manifestando a defesa pelo contraditório. No entanto, a diferenciação é necessária, sendo essa a teoria adotada pelo presente trabalho, pois a defesa pode ser realizada sem a instauração do contraditório.

¹⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 32.

¹⁸⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38.

patrocinar a causa. Não se trata de uma escolha do réu, ainda que seja revel, devendo o juiz requerer a nomeação de um defensor, na forma do art. 261 do CPP¹⁸⁷.

Vale destacar alguns dos direitos do acusado previstos na CRFB que consagram as diversas dimensões do direito a defesa técnica: a plenitude de defesa, presente no Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII); à assistência de advogado, em caso de prisão; à assistência jurídica integral e gratuita, comprovando a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

A própria Constituição Federal de 1988 prevê em seu texto a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, conforme o artigo 133¹⁸⁸. As prerrogativas conferidas aos advogados estão previstas na Lei nº 8.906/94, sendo meios essenciais para a proteção e o amparo dos direitos e garantias conferidos às pessoas. É inegável o papel da defesa técnica na consolidação do Estado Democrático, em que todos além de possuírem acesso a justiça, devem ter condições de manejar os instrumentos necessários quando a demanda for levada ao Poder Judiciário.

Nos artigos seguintes, a CRFB prevê a estruturação de órgãos especializados, para a defesa dos hipossuficientes, as Defensorias Públicas. Trata-se de uma das garantias do tão ensejado direito fundamental do acesso a justiça, previsto no art. 5º, XXXV. No processo penal, não apenas aquele que não tem condições de pagar um advogado terá a assistência da defensoria pública, mas como já fora mencionado, também aquele que for revel ou não apresentar advogado nos autos.

O acusado também tem o direito de escolher o seu advogado (art. 263 do CPP), não podendo ser destituído sem antes ser o réu intimado para que apresente outro. Somente haverá a substituição por um defensor no caso de inércia da parte ou abandono do processo pelo advogado constituído. Tanto é que a intimação para oferecimento de contrarrazões deve ser feita tanto do acusado, como de seu advogado, e somente em caso de inércia, poderá ser nomeado defensor (súmula 707 do STF), demonstrando-se a importância da participação da parte nessa seleção, antes de qualquer medida por parte do juiz.

No entanto, se o processo prosseguir sem a nomeação de defensor, seja porque o acusado não constituiu advogado, ou porque o juiz não lhe nomeou advogado dativo ou defensor público, uma nulidade absoluta terá ocorrido, por ofensa à ampla defesa. O STF inclusive editou a súmula nº 523¹⁸⁹, vinculando a orientação jurisprudencial de que a falta de

¹⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁸⁸ BRASIL, art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 162.

defesa técnica configura nulidade absoluta, não restando dúvidas quanto a aplicação do art. 564, III, “c” do CPP¹⁹⁰. Porém, existem vários precedentes no sentido de que o prejuízo deve ser comprovado pela parte interessada, inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta¹⁹¹.

A doutrina majoritária¹⁹² critica a imposição da jurisprudência da necessidade de comprovação de prejuízo no caso de vício de nulidade absoluta, entendendo haver, nesse caso, uma presunção acerca do vício, pois normalmente com a nulidade absoluta há violação de norma de interesse público, relativas à observância dos direitos fundamentais. Na verdade, o que ocorreria é uma inversão da regra do ônus da prova prevista no art. 156, *caput*, do CPP¹⁹³, cabendo a parte que se prejudicará com a declaração de nulidade provar que o prejuízo não ocorreu.

Além da presença da defesa técnica, esta deve ser efetiva em seu exercício. Não basta apenas a sua presença formal para se confirmar que o acusado tem uma ampla defesa processual. Poderá ser constatado que o profissional está realizando uma defesa deficiente, em que desperdiça tantas oportunidades processuais que diminui a possibilidade de algum benefício na situação jurídica do réu.

Destaca Diogo Malan¹⁹⁴ alguns critérios para a verificação de uma defesa técnica precária, levando-se em conta a atuação do defensor em vários atos processuais, segundo duas vertentes não cumulativas: o empenho pessoal e a capacitação técnica do defensor. Na primeira, deve-se analisar o comparecimento aos atos processuais; a protocolização de peças e o requerimento de provas. Na segunda, considera-se os fundamentos jurídicos das peças; os elementos de prova presentes nos autos e o pedido de absolvição do acusado.

Assim, caso o acusado esteja indefeso, apesar de ter advogado nos autos, cabe ao Ministério Público e ao Juiz fiscalizar o devido processo legal, que também é cumprido com a defesa efetiva. Caso percebam alguma precariedade na defesa, poderá o juiz declarar nulo o ato, com a repetição do mesmo, e a depender do caso, até destituir o advogado.

¹⁹⁰ BRASIL, art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

¹⁹¹ STF, 2ª Turma, *RHC 110.623/DF*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/03/2012; STF, 2ª Turma, *HC 85.155/SP*, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/03/2005 e STF, 1ª Turma, *HC 107.769/PR*, Rel. Min. Carmén Lúcia, j. 18/10/2011.

¹⁹² GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁹⁴ MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 161.

O STF já decidiu que a manifestação da defesa, patrocinada por defensor público ou dativo, quando limitada ao pedido de condenação ao mínimo legal, é causa de nulidade do processo, exatamente por ausência de defesa efetiva¹⁹⁵ (HC nº 82.672/RJ, Rel. para o acórdão Ministro Marco Aurélio, Informativo STF nº 325, p. 2).

Infelizmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não consolidou o entendimento quando se tratar de ausência de alegações finais pela defesa, reconhecendo na maioria dos casos apenas hipótese de nulidade relativa, que dependente da arguição do interessado, sob pena de preclusão¹⁹⁶.

Outro aspecto fundamental para uma defesa técnica efetiva é a disposição de tempo suficiente e meios necessários para a sua preparação. No direito internacional, há previsão expressa no art. 8º, nº 2, alínea “c” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92)¹⁹⁷, bem como no art. 14, nº 3, alínea “b” do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Gustavo Henrique Badaró¹⁹⁸ esclarece que

conferir ao réu o direito de defesa, sem oferecer-lhe tempo suficiente para sua preparação é esvaziar tal direito. Deve haver um tempo razoável entre a comunicação do ato em relação ao qual deverá ser exercida a defesa e o prazo final para tal exercício. Defesa sem tempo suficiente é ausência de defesa, ou, no mínimo, defesa ineficiente.

Vale destacar que para a defesa técnica, a realização do interrogatório após os atos de instrução é essencial para que se tenha tempo viável para colher as informações e organizar a estratégia de defesa de acordo com o que for apresentado. Quando o réu é interrogado no início da instrução, há uma violação clara ao direito da defesa a ter esse período razoável, tornando-a ineficiente, já que a denúncia não é suficiente para a reconstrução dos fatos, que ocorre com o andamento processual.

Quanto aos prazos recursais, dispõem a defesa o mesmo prazo para apresentação dos recursos pertinentes, exceto para a Defensoria Pública, que dispõe de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, na forma do art. 186 do CPC/15¹⁹⁹. No entanto, em qualquer

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.672/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770170/habeas-corporus-hc-82672-rj>>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁹⁶ Há apenas um precedente favorável a declaração de nulidade absoluta, no HC nº 94168, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julgado em 5.8.2008, DJe 177, Divulg. 18.9.2008, Public. 19.9.2008, Ement. v. 02333-02, p. 431.

¹⁹⁷ BRASIL. *Decreto-lei nº 678 de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

¹⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

¹⁹⁹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

caso a defesa técnica deverá ter a seu dispor tempo necessário para a realização da entrevista pessoal com o acusado, momento em que irá programar a sua estratégia de defesa (art. 185, §5º do CPP)²⁰⁰. É durante esse encontro que os fatos serão esclarecidos e as dúvidas serão sanadas.

O referido direito é reflexo dos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, que não permite a incomunicabilidade do preso, que inclusive é proibida durante a decretação do Estado de Defesa, regime de exceção que restringe diversos direitos fundamentais (art. 136, §3º, IV da CRFB). Dessa forma, seria um contrassenso permitir tal restrição em situações de normalidade.

Caso interessante foi julgado no Supremo, que tratava sobre a apreensão de correspondências eletrônicas (*e-mails*) enviadas entre o acusado e seu defensor, no qual decidiu pela inadmissibilidade dessas mensagens como prova, não podendo servir como fundamento para a prisão processual, eis que protegidas pelo sigilo das comunicações entre cliente e advogado.²⁰¹

Outra disposição que deve ser respeitada é o tempo destinado à sustentação oral defensiva no Tribunal do Júri (art. 477 do CPP)²⁰², que deve ser ininterrupto. Caso haja intervenções da parte acusadora sem permissão da defesa, o Juiz Presidente deverá impedi-las e regulamentá-la, concedendo após a sustentação três minutos para cada aparte requerido (art. 497, XII do CPP)²⁰³.

Em relação aos meios de preparação da defesa técnica, pode-se citar o direito de acesso aos autos do inquérito policial; de informação da acusação e à prova defensiva²⁰⁴.

Quanto ao primeiro, há previsão no Estatuto da Advocacia e da OAB, art. 7º, XIV, assegurando-se a qualquer profissional regularmente inscrito nos quadros da OAB o direito de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Havendo interceptação telefônica em andamento, decretada durante a fase investigatória ou processual, o acusado e seu defensor poderão ter acesso à prova quando o seu

²⁰⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC-AgR nº 89025/SP*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759887/agregno-habeas-corpus-hc-agr-89025-sp>>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁰² BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ MALAN, op. cit., p. 170.

conhecimento não prejudicar o andamento das investigações, efetivando-se assim o contraditório diferido e o direito à ampla defesa. Apesar do artigo fixar que o advogado não precisa ter procuração, o STF já decidiu que se assegura a defesa amplo acesso aos dados da interceptação telefônica a partir do momento em que designado o interrogatório policial dos investigados²⁰⁵.

Verificando a defesa a presença de alguma prova ilícita ao ter acesso ao resultado da diligência, poderá requerer o seu desentranhamento, na forma do art. 157 do CPP. Poderá contestar também outros elementos materiais que compuserem o referido ato, como a voz, a técnica da operação e etc.

Já a informação da acusação, essa ocorre no momento da citação, que é ato de comunicação processual que lhe dá ciência dos fatos e crimes que lhe são imputados, bem como chama o acusado para o processo penal, onde poderá exercer sua defesa. O fato típico deve ser narrado com todas as suas circunstâncias, de forma clara, não sendo aceitas denúncias genéricas, alternativas ou similares.

Além de ser informado sobre o que está sendo acusado, também deverá ter ciência de seus direitos, que são proporcionados pela Constituição Federal, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Código de Processo Penal e a legislação ordinária, em prol da proteção de sua liberdade de locomoção: direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*); direito de ser citado; direito de não ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, LXI da CRFB c/c art. 283 do CPP), entre outros.

Por fim, o direito à prova defensiva é direito fundamental subjetivo do acusado, pois visam a confirmações das teses defensivas apresentadas, podendo ser requerida pela defesa em momentos oportunos a produção de elementos probatórios que não sejam desnecessários, procrastinatórios ou ilícitos.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 92.331/PB*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539127>>. Acesso em: 13 out. 2017.

3.1.2.2 Direito à autodefesa

Outra exteriorização do direito à ampla defesa é o direito à autodefesa, que é a possibilidade do réu de controverter as acusações feitas, participando pessoalmente da instrução do processo e apresentando a sua explicação quanto ao que lhe é imputado. Difere-se da defesa técnica, pois além de ser pessoal, exercida pelo próprio réu, é também disponível, visto que o acusado não é obrigado a efetua-la, podendo ficar em silêncio.

Para se assegurar o exercício da autodefesa, a regra é a citação pessoal do acusado, que somente se não for encontrado, não sendo possível localizá-lo, será feita a sua citação por edital. Caso se verifique que o réu está se ocultando, também poderá ser feita a citação por hora certa, conforme prevê o Código de Processo Penal.

O direito a autodefesa se desdobra em outras três vertentes no processo penal: o direito de presença, o direito de audiência e o direito a postulação pessoal.

3.1.2.2.1 Direito de presença

O direito de presença confere ao réu a oportunidade de presenciar e participar da instrução processual, podendo tomar posição perante as alegações e provas produzidas, participando da realização dos atos processuais em conjunto com o seu advogado²⁰⁶.

Apesar de não ser obrigado a acompanhar os atos processuais que se desenvolvem durante a instrução, a lei também confere ao acusado o direito de ser intimado para os atos processuais, a não ser que seja revel ou tenha mudando de residência sem comunicar ao juízo (art. 367 do CPP). Mais interessante ainda é o direito conferido ao réu de recorrer das decisões, não afastando eventual recurso interposto pela defesa técnica, sendo obrigatória a intimação de ambos (art. 577 do CPP).

O direito de presença do acusado está interligado ao direito a defesa técnica, visto que não poderá o acusado exercer somente a autodefesa sem a assistência técnica de um defensor, o que não se confunde com a capacidade de estar em juízo. Porém, há diversos Tratados Internacionais que conferem o direito de defender-se pessoalmente, como o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal de Rwanda, dentre outros.

²⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, op. cit., p. 72.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com vias de regular a defesa unicamente pessoal, fixou na Opinião Consultiva 11/1990 algumas garantias mínimas para a sua configuração: somente quando a legislação nacional o permitir, não sendo possível a sua adoção quando o motivo da escolha for a carência de recursos para custear um defensor, o que violaria a própria Convenção.

No direito pátrio, foi julgado um *Habeas Corpus*²⁰⁷ em que curiosamente alegava-se ofensa ao Pacto de São José da Costa Rica, pois o Juízo de Campina Grande vedou ao acusado o direito de patrocinar pessoalmente a sua defesa, mesmo não sendo bacharel em direito nem inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Em seu voto, a ministra Laurita Vaz denegou o *writ*, esclarecendo que não há violação ao referido tratado, pois a defesa pessoal é assegurada em todos os atos processuais, mas de forma complementar à defesa técnica, salvo em algumas hipóteses excepcionais.

Não obstante sua essencialidade, a defesa técnica não pode se sobrepor ao direito de presença, pois o que há entre as duas é uma relação de cooperação. Permite-se ao acusado a defesa de si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer o seu critério individual e seu interesse privado²⁰⁸. Assim, uma vez intimado dos atos processuais, além de poder estar presente na audiência de instrução e julgamento, poderá ser ouvido, bem como acompanhar a colheita das provas testemunhais na presença de seu advogado, esclarecendo fatos e questões controversas que eventualmente surjam.

Mesmo que o advogado esteja munido de poderes especiais, o referido direito é intransferível a terceiro, não importando se a oitiva é de apenas uma testemunha, sendo personalíssimo. O direito de presença é exclusivo do acusado, só podendo ele decidir quanto a sua disposição, não cabendo ao magistrado e nem a defesa esse posicionamento.

Algumas discussões são travadas acerca do comparecimento a oitiva de testemunhas quando há necessidade de deslocamento do acusado preso em razão de carta precatória em unidade da Federação diversa da qual se encontra recolhido. Há casos em que o Poder Público alega dificuldades na remoção do acusado, bem como gastos estatais demasiadamente altos para tal transporte.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 100.810/PB*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4133675/habeas-corpus-hc-100810-pb-2008-0041916-0/inteiro-teor-12209954>>. Acesso em: 20 out. 2017.

²⁰⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 246.

Entretanto, deve-se compreender que em uma ordem democrática há garantias que visam assegurar o amplo exercício do direito de defesa. Ao privar o réu do seu direito de presença constitucionalmente previsto, pois integra o direito a ampla defesa, é legitimizar atos que violam a Constituição Federal, dispondo alguns de seus direitos fundamentais apenas no plano da formalidade.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello²⁰⁹:

o direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do ‘*due process of law*’ e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, ‘d’) e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, ‘d’ e ‘f’).

Caso se verifique que por algum motivo a presença do réu não será possível na audiência, a melhor atitude a se tomar é adiar a sua realização, aplicando-se por analogia o art. 457, §2º do CPP, que prevê que quando o réu preso não for conduzido, a audiência deve ser adiada, a não ser que haja pedido de dispensa subscrito por ele e seu defensor. Caso a audiência seja realizada sem a presença do réu, haverá nulidade absoluta do ato, por violação ao direito fundamental a ampla defesa na sua vertente da autodefesa²¹⁰.

Não obstante, a matéria ainda não é pacífica na jurisprudência, visto que há julgados do STF que entendem que a alegação de necessidade da presença do réu em audiências deprecadas, estando ele preso, configura nulidade relativa, devendo ser comprovada a oportuna requisição e a presença de efetivo prejuízo a defesa.²¹¹

3.1.2.2.2. Direito de audiência

Já a outra vertente da autodefesa é o direito de audiência, que é a possibilidade do acusado influir pessoalmente sobre a formação do convencimento do juiz por meio do seu

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 86.634/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111728&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 out. 2017.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 111.728/SP*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807565/habeas-corp-us-hc-111728-sp-stf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 100.382/PR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613892>>. Acesso em: 20 out. 2017. Nesse caso, não se considerou a presença de nulidade, pois o Magistrado fundamentou o indeferimento do deslocamento do réu para a audiência, tendo em vista a sua periculosidade, não se reconhecendo prejuízo a defesa.

interrogatório. Este é o momento em que o acusado se dispõe em contato direto com o juiz da causa, podendo apresentar a sua versão dos fatos.

A audiência será designada após o recebimento da denúncia ou queixa²¹², sendo o acusado, seu defensor, o Ministério Público, o ofendido e, se for o caso, o querelante e o assistente, intimados da citada decisão. Em regra, a audiência será una, concentrando todos os atos da instrução processual em um único momento.

Há algumas peculiaridades quanto ao que o réu pode ou não fazer em seu interrogatório, ao exercer o seu direito de audiência.

Ao ser interrogado, o acusado poderá mentir ou faltar com a verdade quanto às perguntas relativas aos fatos. Diferentemente das testemunhas, este não tem o dever de dizer a verdade, porque tem o direito constitucional a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Logo, se for interrogado e mentir, não responderá por falso testemunho (art. 342 do CP). Porém, isso não lhe dá o direito de imputar falsamente o crime a terceira pessoa inocente. Caso isso ocorra responderá por denúncia caluniosa (art. 339 do CP).

Também poderá se recusar a responder as perguntas sobre os fatos pelos quais está sendo acusado, ficando em silêncio. Contudo, não poderá se negar a responder as perguntas relativas à sua qualificação, feita na primeira etapa. Caso opte por ficar em silêncio, tal atitude não poderá ser considerada uma confissão ficta e nem para agravar a pena, sendo apenas uma ausência de resposta.

Por fim, o uso de documento falso e a falsa identidade, crimes previstos no art. 304 e 307 do Código Penal, não são abrangidos pelo direito a autodefesa, eis que as referidas condutas não constituem extensão da garantia à ampla defesa, visto tratarem-se de condutas típicas, que ofendem à fé pública e os interesses de disciplina social, prejudiciais, inclusive, a eventual terceiro cujo nome seja utilizado no falso²¹³.

Dois grandes alterações do Código de Processo Penal denotam a característica de meio de defesa do referido ato: em 2003, pela Lei 10.792, que previu expressamente a presença do defensor e o seu direito de exercer reperguntas, assim como a de 2008, pela Lei 11.719, que possibilitou a oitiva do acusado após toda a colheita da prova oral.

²¹² Apesar do art. 399 do CPP fazer uso da expressão “recebida a denúncia ou queixa”, predomina na doutrina o entendimento de que a denúncia é recebida logo após o oferecimento da denúncia ou queixa, na forma do art. 396, caput do CPP, momento em que é feito o juízo de admissibilidade.

²¹³ Trata-se de entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ, 3ª Seção, REsp 1.362.524-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/10/2013, recurso repetitivo; STF, 2ª Turma, RE 648223 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/10/201; STF. Plenário. RE 640139 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2011).

Outra grande mudança trazida para o ordenamento jurídico brasileiro e que também conferiu ao réu outro momento para exercer o seu direito de audiência é a chamada audiência de custódia ou audiência de apresentação, tendo em vista previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto 678/92. Apesar de não ser recente a sua incorporação, até 2015 não havia regulamentação desse direito. Prevê o art. 7º, item 5:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais [...]

Conforme já decidiu o STF, os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil for signatário incorporam-se em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma jurídica supralegal, ou seja, hierarquicamente superior a qualquer lei ordinária ou complementar, estando abaixo somente das normas constitucionais²¹⁴. Apesar de haver uma norma supralegal prevendo a realização do ato, não havia até 2015 nenhuma regulamentação a respeito.

Entretanto, em fevereiro de 2015 o Conselho Nacional de Justiça resolveu lançar um projeto para garantir a realização da audiência de custódia, e um ano depois, entrou em vigor a Resolução 213/15 regulamentando-a e estipulando um prazo de 90 dias para os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais se adequarem ao procedimento. O Tribunal de Justiça de São Paulo foi o primeiro a regulamentar a matéria, conforme o Provimento Conjunto nº 03/2015.

Segundo os citados regulamentos, após a prisão em flagrante, e posterior apresentação à autoridade policial, será lavrado o auto de prisão em flagrante e agendada a audiência de custódia. Após a protocolização do auto de prisão em flagrante, o preso deverá ser apresentado ao juiz, bem como tem direito a entrevista pessoal e reservado com seu defensor. Dá-se início a audiência com a presença do preso, do juiz, de membro do Ministério Público e a defesa.

Durante a audiência de apresentação, o membro do Ministério Público deverá se manifestar sobre o caso, com posterior entrevista do acusado e manifestação da defesa. A seguir, o magistrado proferirá uma decisão que poderá ser pelo: relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do CPP); concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III do CPP); substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (art. 319 do CPP);

²¹⁴ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada no Brasil antes da EC nº 45 de 2004, que trouxe o §3º ao art. 5º da CRFB/88, equiparando a emenda constitucional os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II do CPP) e análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas.

Dessa forma, assim como no interrogatório, o réu poderá apresentar seus argumentos defensivos pessoalmente, porém se baseando no que é alegado no auto de prisão em flagrante, pois ainda não há denúncia e muito menos provas que corroborem eventual acusação. A apresentação do preso ao juiz está intimamente ligada à ideia da garantia fundamental de liberdade, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a ampla defesa. O contato direto do juiz com o preso possibilita ao julgador que possa saber do próprio detido a razão pela qual fora preso e em que condições se encontra encarcerado.

Vale ressaltar que o quadro político brasileiro, por muitos anos, foi intercalado por ditaduras, golpes de Estado, com várias tentativas de tomada de poder por grupos políticos, muitas vezes envolvidos com os seus próprios interesses, afastando-se de uma nação que procura ouvir seus cidadãos, mas que, pelo contrário, impõe comportamentos. A democracia foi diminuída, fazendo com que o cidadão ficasse a mercê das decisões do Estado, se sentindo enfraquecido diante de muitas atitudes que burlavam direitos e garantias.

Mesmo após a Constituição Federal da República de 1988, que retomou a liberdade aos indivíduos, o país ainda evolui lentamente na construção de sua democracia. A garantia do contraditório e da ampla defesa foram introduzidas com mais veemência, como direitos fundamentais, justamente para recuperar esse passado de violações de direitos humanos, impedindo que seja instaurado, futuramente, um outro governo que legitime a desigualdade entre as partes no processo penal.

É notório que existe uma estrita ligação entre o contraditório e a ampla defesa - e outros direitos fundamentais - e o Estado democrático de direito. Proporcionar ao acusado a oportunidade de efetuar a sua defesa, bem como de contraditar as imputações, torna possível o devido processo legal, eis que o judiciário, como um dos três poderes da União, garante a igualdade de forças entre as partes, com imparcialidade.

Também, ao garantir o exercício do direito de defesa, nasce a relação entre o momento de realização do interrogatório no processo penal e os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois quando feito ao final dos atos, como meio de defesa, garante-se a eficácia dos princípios citados, e como pôde ser visto, há forte influência de ambos durante vários momentos de atuação da defesa.

4. A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NOS JULGADOS COM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL DIANTE DA FORMULAÇÃO DAS ORIENTAÇÕES VINCULANTES OU PERSUASIVAS

Nesse quarto e último capítulo se discorrerá sobre a teoria dos precedentes, sua origem e evolução, bem como a atual incidência conforme abordado no Código de Processo Civil de 2015. Após, será analisado o HC 127.900/AM, no qual o presente trabalho é baseado, de forma a identificar a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* do julgado, para que se conclua acerca da importância da decisão para a uniformização da jurisprudência sobre o tema.

4.1. Origem e evolução da Teoria dos Precedentes

Nas palavras do Professor Alexandre Câmara²¹⁵, precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Ou seja, sempre que a tese firmada em uma decisão for empregada como base em outra decisão, de um outro processo, a decisão usada como fundamento será chamada de precedente.

Na mesma linha de raciocínio, Thomas da Rosa de Bustamante²¹⁶ conceitua precedente como qualquer decisão judicial prévia que um juiz se embasa para fundamentar o seu pronunciamento sobre um caso atual. Entretanto para Luiz Guilherme Marinoni²¹⁷ consiste na decisão judicial que elabora uma tese jurídica. Também traz conceito similar Caio Márcio Gutterres Taranto²¹⁸, agregando que o precedente tem a função de atribuir racionalidade.

A origem da técnica de decidir a partir de precedentes advém dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, conectados a tradição jurídica do *common law*. Para se entender o seu surgimento no sistema jurídico inglês, é preciso conhecer a sua história²¹⁹.

²¹⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 425.

²¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 300-301.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

²¹⁸ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 8.

²¹⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, p. 358-380.

O *common law* começou a se formar no período em que os normandos invadiram a Inglaterra, compreendido de 1066 a 1485. O feudalismo se instalou, extinguindo o sistema de tribos e conseqüentemente, originando a concentração de poder sobre todo o território, para que houvesse uma ordem jurídica uniforme e disciplinada.

Aos poucos os costumes de cada tribo foram desaparecendo, dando lugar a costumes únicos impostos pelo poder soberano. Por isso o termo *common law* significa um direito comum, uma única origem de poder. Por muito tempo a norma jurídica foi utilizada como instrumento de dominação pelos normandos, que impuseram o seu sistema jurídico. Somente os Tribunais de Justiça podiam aplicar o Direito, por meio do monarca, que estava no topo da hierarquia jurisdicional.

Conseqüentemente, diante desse sistema, gerou-se o enfraquecimento do direito privado, pois o interesse da Coroa legitimava a intervenção do direito sobre as questões privadas. Não havia uma preocupação quanto a justiça nas decisões e nas leis, mas apenas em produzir leis e aplicá-las de acordo com o interesse da monarquia, que garantia a ordem e a paz do reino.

No entanto, tal forma de aplicar o direito acabou gerando algumas rivalidades, de onde surgiu a *equity*, conhecida como um recurso voltado à autoridade real, em razão das insuficiências dos processos formalistas, para se ter uma solução mais justa aos litígios e a aceitação dos jurisdicionados quanto às decisões.

Nesse contexto é que foi utilizado pela primeira vez o termo “precedente”, com o objetivo de destinar o direito substancial a cada caso concreto por meio de um mecanismo que o vinculasse a casos futuros, garantindo-se a equidade no julgamento dos casos, pois casos semelhantes seriam julgados de forma semelhante, uniformizando-se a produção do conhecimento.

Entre 1873-1875 a organização judiciária foi profundamente modificada pelos *Judicature Acts*, que suprimiram a existência de tribunais da *common law* e da *equity*, unificando a jurisdição inglesa, que passou a ter competência para aplicar todas as normas, independente de sua origem, não precisando recorrer a tribunais diferentes.

Em razão dessa mudança, com a unificação em um único Tribunal competente, o direito inglês passou a se sedimentar com base na formação da sua jurisprudência, surgindo nesse período a doutrina do *stare decisis*, que conferiu às decisões judiciais um caráter de obrigatoriedade em relação a sua observância, vinculando as futuras decisões sobre casos

similares. O julgador deveria levar em consideração a existência de uma decisão análoga, mas poderia seguir ou não a orientação anterior.

Assim, o *stare decisis* por meio do instituto do precedente judicial, trouxe uma maior segurança na aplicação do direito, coerência e estabilidade nas decisões do poder judiciário, integrando-as, além de vincular a racionalidade de um caso a um caso futuro, garantindo a uniformização do conhecimento jurídico.

Certo é que tal instrumento foi se desenvolvendo e se aperfeiçoando ao longo dos anos e com o seu estudo e aplicação tornou-se o que é hoje. Apesar de ter nascido no *common law*, isso não significa que somente poderá ser aplicado em sistemas jurídicos com essa origem, mas também pelo *civil law*, não havendo uma autonomia metodológica entre as tradições jurídicas ocidentais²²⁰.

Conclui-se que o instituto do precedente judicial pode ser considerado pelas outras tradições jurídicas como um exemplo de mecanismo de atribuição de racionalidade ao sistema jurídico, tornando-se uma forma de legitimar as decisões do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

4.2. Elementos do precedente judicial (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, distinção e superação)

O precedente judicial pode ter diferentes efeitos jurídicos, dentre eles o efeito vinculativo ou persuasivo. A distinção é fundamental, pois quando forem vinculantes, serão de aplicação obrigatória, enquanto quando forem não vinculantes, serão meramente argumentativos, não podendo ser afastado pelos órgãos jurisdicionais, a não ser que se fundamente especificamente o motivo da sua não aplicação.

Em um sistema de precedentes vinculantes, assegura-se que casos iguais tenham a mesma solução jurídica, o que consagra os princípios da segurança jurídica e da isonomia, evitando-se decisões contraditórias. No entanto, faz-se necessário saber qual elemento do precedente terá a sua observância obrigatória ou persuasiva, eis que se compõe pelas circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, a tese ou princípio jurídico desenvolvido

²²⁰ BUSTAMANTE, op. cit., p. 68.

na fundamentação da decisão (*ratio decidendi*) e a argumentação jurídica na qual a questão se envolve²²¹.

4.2.1 *Ratio decidendi* (ou *holding*)

Será a *ratio decidendi* – ou *holding*²²², como chamam os norte-americanos – a parte do precedente judicial que conterà os fundamentos jurídicos determinantes da decisão, sendo ela dotada de caráter vinculante quando for um precedente que tenha essa aptidão. Sua origem é da interpretação do juiz quanto a aplicação do direito positivo a um caso concreto, sendo, portanto, a tese jurídica geral que poderá ser aplicada a outras situações semelhantes.

Quando o magistrado decide um caso, ele cria duas normas jurídicas, uma com caráter geral, que é a *ratio decidendi*, e outra com caráter individual, que é a decisão para uma situação específica levada ao poder judiciário. Por ser individual, será fixada no dispositivo da decisão, sendo a conclusão pela procedência ou improcedência dos pedidos. Se tornará definitiva quando não houver mais recursos cabíveis ou quando transcorrido o prazo sem recursos, finalmente acobertada pela coisa julgada.

Assim, não se pode confundir o efeito vinculante do precedente, do efeito vinculante ocasionado pela coisa julgada *erga omnes*, presente em alguns casos, pois tais efeitos são emanados por partes diversas da decisão judicial, além de atingir sujeitos diferentes. Para demonstrar que sua natureza diversa, uma decisão judicial sem a norma jurídica individual será inexistente, enquanto que a ausência da norma jurídica geral causará a nulidade da decisão, pois não conterà a fundamentação.

A doutrina também reconhece uma dupla função a ser exercida pelos fundamentos determinantes, com âmbito interno e externo²²³. Internamente, há uma relação de influência da norma jurídica geral na norma jurídica individual, pois a fundamentação conduzirá à conclusão do caso, que estará no dispositivo. Já externamente, terá a capacidade de ser universalizado, pois havendo um caso com as mesmas características do anterior, lhe deverá ser aplicada a mesma solução, em razão da sua natureza obrigatória.

²²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V. 2. Salvador: Juspodium, 2016, p. 455.

²²² SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182.

²²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

No Brasil, a *ratio decidendi* também é conhecida como o motivo determinante de uma decisão. O motivo determinante é a premissa principal, pela qual sem ela não se chegaria a conclusão do caso, sendo suficiente e imprescindível para a decisão judicial.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a ideia de que apenas a parte dispositiva da decisão é que se torna vinculante se tornou ultrapassada. Pode-se dizer que o sistema de precedentes estabelecido no CPC/15 aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes não só às decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado (art. 927, I do CPC/15), mas a todos os precedentes obrigatórios.

Visando esclarecer a questão, foi editado o Enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²²⁴, voltado especificamente para uma interpretação do art. 927, I do CPC/15, afirmando que são os fundamentos determinantes que produzem o efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Apesar do STF ainda não ter se manifestado expressamente acerca do tema, já que as suas últimas decisões, anteriores a vigência do CPC/15, atribuíam o efeito de observância obrigatória apenas ao que estivesse no dispositivo, o Ministro Roberto Barroso no julgamento das ADIs 4.697 e 4.762 fomentou o debate e invocou o CPC/15 como argumento, eis que o seu art. 988, III prevê a reclamação para garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, esclarecendo o § 4º que nessa hipótese específica inclui-se aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

4.2.2 *Obiter Dictum* (ou *dictum*)

Já a *obiter dictum*, trata-se do elemento secundário do precedente, sendo o argumento jurídico ou consideração expostos apenas para complementar a motivação, de natureza acessória, não tendo influência relevante e substancial para a solução da controvérsia debatida no processo. É uma colocação dispensável, mas que não deixa de ter sua importância. Pode ser definida como residual, ou seja, tudo aquilo que não compor a *ratio decidendi*²²⁵.

Tem-se como exemplos de *obiter dictum* quando o Tribunal, ao julgar um determinado

²²⁴ BRASIL, *Enunciado nº 168 do FPPC*: Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais. Disponível em: <<http://prestadoprova.blogspot.com.br/2015/05/enunciados-do-fppc-sobre-o-novo-cpc.html>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

²²⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 51.

caso, sugere a resolução de uma questão conexa que não está sendo questionada naquele momento; pronunciamentos acerca de pedido não realizado ou de causa de pedir não envolvida; a menção a dispositivos normativos inaplicáveis ao caso, ou até mesmo o conteúdo de um voto vencido da decisão colegiada.

No entanto, apesar de ser secundário e prescindível para a norma jurídica individual, existem três aspectos fundamentais que devem ser ressaltados: i) primeiramente, auxilia no desenvolvimento do raciocínio apresentado na motivação; ii) de forma secundária, pode sinalizar uma futura orientação do Tribunal ou um novo entendimento que será adotado em julgamentos futuros; iii) por fim, poderá levar a superação de um precedente judicial²²⁶.

4.3 Técnicas de distinção e superação de precedentes

Quando órgãos jurisdicionais, singulares ou colegiados, analisam uma causa para ao final, fixar uma solução para a demanda, há um processo de interpretação da norma jurídica que ao final, por meio da argumentação jurídica, criará uma decisão que abordará a tese aplicada ao fato, regulado conforme o direito, já que a questão foi levada ao Poder Judiciário.

Posteriormente, caso surja uma outra demanda que envolva a mesma conjuntura, essa tese anteriormente desenvolvida poderá ser usada por meio do precedente, ou seja, a mesma solução que foi aplicada poderá ser também utilizada para deslindar a nova controvérsia. No entanto, algumas dúvidas podem surgir durante a aplicação da técnica de precedentes judiciais no deslinde de demandas.

Ao formalizar um precedente, para que este seja legitimamente democrático, o Tribunal deve, ao fundamentar a decisão que lhe dará origem, respeitar o dever de fundamentação previsto no art. 489, §1º, IV c/c art. 927, §1º do CPC/15, ou seja, além de conferir o contraditório entre as partes, devem ser enfrentados na fundamentação todos os argumentos trazidos no processo, especialmente aqueles contrários a tese a ser adotada.

Ademais, posteriormente, quando esse precedente for utilizado como desfecho de outra lide, deve-se identificar a *ratio decidendi* e justificar a correspondência existente entre a base fática do caso que está sendo julgado e o originário. No entanto, muitas vezes pode parecer,

²²⁶ Apesar de não ser dotado de observância obrigatória, na tradição do *common law* o *dictum* possui força persuasiva, de convencimento, variando a sua influência de acordo com a autoridade e o prestígio do órgão do qual fora emanada a decisão. Muitas vezes, em razão do valor argumentativo dessa parte da fundamentação, poderá posteriormente ser adotado como posicionamento, inovando e passando a ser a *ratio decidendi* em outro julgado.

a princípio, que um precedente invocado por uma das partes deve ser aplicado, mas na verdade não há uma completa similitude.

Ao estar vinculado a um precedente judicial, o órgão julgador deve verificar se o pleito a ser julgado possui alguma afinidade de conteúdo com os precedentes invocados. Deve se valer, nesse momento, de um método de comparação, em que se analisa os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores das demandas anteriores. Após, analisa-se os fundamentos determinantes fixados nas lides anteriores, para ao final decidir pela adoção ou não do entendimento.

Entretanto, quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, por tratarem de fatos diversos, não se identificando com aquele que deu origem a tese jurídica formulada no precedente, este não deve ser adotado como solução do litígio. Nessas hipóteses é que deverá ser aplicada a técnica do *distinguishing*, um método de confronto, pelo qual o juiz percebe se há simetria entre a lide a ser julgada e o paradigma.

Certo é que dificilmente haverá uma coincidência absoluta e de todos os elementos de ambos os pleitos, pois pequenas distinções não serão suficientes para afastar o precedente, mas tão somente aquelas que quando presentes, mudam a interpretação do caso, não sendo possível aplicar a mesma norma jurídica geral extraída do primeiro caso. Em algumas hipóteses, será possível dar a *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, para que somente se empregue uma parte da tese, afastando-se a vinculação. Em outras, apesar das peculiaridades, ainda sim é possível adotar a referida tese, justificando-se de forma fundamentada.

Toda decisão paradigma tem uma razão jurídica, dependendo do contexto cultural, social e axiológico em que se encontra inserida, do tempo e do lugar. Tais elementos devem ser considerados e analisados quando da adoção ou não do paradigma para elucidar uma outra lide. Caso não haja adequação entre os conceitos empregados, por exemplo, é dever do órgão julgador proceder a distinção. O juiz não perderá em nenhum momento a sua autonomia, pois assim como é essencial que interprete a lei e verifique a sua incidência, o mesmo deve ser feito com o precedente, que deve se adequar ao caso concreto.

Há outra situação bastante peculiar que pode surgir na análise da demanda: o órgão julgador pode querer alterar seu entendimento consagrado anteriormente, caracterizando-se o *overruling*²²⁷. O precedente anteriormente estabelecido passa a ser afastado, aplicando-se uma nova norma geral advinda da nova tese jurídica constituída. O fato que lhes deu origem continua

²²⁷ BUSTAMANTE, op. cit., p.387.

sendo o mesmo, o que muda é o raciocínio jurídico acerca da solução jurídica a ser aplicada ao caso.

O *overruling* pode se dar de forma expressa, quando o órgão adota uma nova orientação, mencionando em sua fundamentação a existência de uma substituição, ou então poderá se operar de forma tácita ou implícita, em que apesar de haver a superação da posição anterior, o julgado não trata no corpo da decisão a ocorrência da superação.

Apesar da existência dessa última modalidade, no ordenamento jurídico brasileiro não se admite a omissão quanto a mudança de orientação, visto que há o dever de fundamentação adequada e específica na forma do art. 927, §4º, do CPC/15²²⁸. Não basta o mero desenvolvimento de uma nova tese jurídica a ser destinada ao fato, mas o julgador deve explicar o motivo dessa mudança, dialogando com o precedente anterior.

Assim, desde que assumida a devida carga de fundamentação, o julgador poderá adotar posicionamento diverso, desde que com base nos valores que sustentam a estabilidade das decisões jurídicas, como o princípio da isonomia, da confiança, da segurança jurídica e da vedação a surpresa, constatando-se que a sua revogação trará mais benefícios do que a sua manutenção. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração de entendimentos, mas a sua mudança injustificada.

Existem ainda outras duas modalidades de *overruling*²²⁹, que se relacionam com a sua forma de incidência: difusa ou concentrada. A forma difusa permite que ocorra a alteração de posicionamento em qualquer processo que seja apreciado pelo tribunal. No entanto, apesar de ser a regra na ordem jurídica brasileira, em casos específicos se dará de forma concentrada, pois haverá um trâmite específico que viabilizará a revisão de um posicionamento já estável no tribunal. Tal procedimento ocorrerá no pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3º, da Lei 11.417/2006) e no pedido de revisão de tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 986, do CPC/15).

Com relação aos efeitos da superação de um precedente, esse pode se dar com eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*), ou seja, retroativa ou *ex nunc* (*prospective overruling*), no qual os efeitos serão posteriores ao julgado. A primeira costuma ser a mais aplicada nos sistemas de produção de precedentes judiciais, pois confere ao sistema uma maior dedicação

²²⁸ BRASIL, art. 927, §4º do CPC/15: a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

²²⁹ JESUS, Priscila Silva de. *Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil*. 2014. 30 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – UNIFACS, Salvador, 2014.

para a revogação de precedentes. Porém, em alguns casos, será necessária a realização da modulação dos efeitos, em nome do interesse social e da segurança jurídica, sempre com uma fundamentação justificada para tanto.

Essas duas formas de eficácia ainda, segundo a doutrina²³⁰, são subdivididas em pura ou clássica. No *overruling* retrospectivo puro (eficácia retroativa plena ou *full retroactive application*), o novo precedente pode influenciar livremente fatos passados, se aplicando aos fatos ocorridos antes e depois de sua publicação, incluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado e também aos fatos do próprio caso que o gerou.

No *overruling* retrospectivo clássico (eficácia retroativa parcial ou *partial retroactive application*), o novo precedente se aplica aos fatos ocorridos antes e depois de sua publicação, porém, se excetuam aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado e também ao fato que gerou o novo posicionamento.

No *overruling* prospectivo, o novo precedente somente se aplica aos casos futuros. Trata-se de instituto desenvolvido nos Estados Unidos. Também poderá ser puro ou clássico.

Aplica-se o *overruling* prospectivo puro quando o novo entendimento se aplicar somente a fatos que surgiram após a sua publicação, excluindo o fato que lhe deu origem. Já o prospectivo clássico, será aplicado a fatos que surgiram antes da publicação do novo paradigma, não propostos, ou já ajuizados, mas sem trânsito em julgado, abrangendo as partes do caso que o originou.

Ainda, será possível uma última modalidade, em que se fixa uma data ou uma condição para que o precedente passe a ter eficácia (aplicação prospectiva a termo), podendo inclusive haver restrições aos seus efeitos, como a exclusão de uma determinada categoria de pessoas, que poderia ser extremamente prejudicada com sua incidência.

No CPC/15, há previsão expressa da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, bem como da decisão oriunda do julgamento de casos repetitivos e de assunção de competência, em prol da proteção da segurança jurídica e do interesse social. Para cada caso deverá se avaliar o cabimento de uma forma de eficácia da decisão em caso de revogação de precedente, eis que cada uma traz suas vantagens e desvantagens.

²³⁰ PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. 2015. 217 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. 2015.

Nas hipóteses em que não há a intenção de se substituir um precedente, mas apenas preparar o ambiente jurídico para uma futura alteração, pode-se utilizar da técnica chamada de sinalização (*signaling*)²³¹, em que o órgão jurisdicional, ao perceber uma futura superação, anuncia que poderá modificá-lo, o que diminuirá a confiança dos jurisdicionados no referido entendimento. Posteriormente, poderá inclusive servir como parâmetro inicial de uma possível revogação com efeitos prospectivos.

Outro instituto dos precedentes bastante utilizado é o *overriding*, que ocorre quando o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente, visando impedir que parte de seu conteúdo continue a ser empregado, sendo uma espécie de revogação parcial. Tal efeito se dará quando há a superveniência de uma norma ou de um princípio legal, que altera a interpretação dessa parcela afastada. A *ratio decidendi* apenas será reduzida em razão de um novo posicionamento.

4.4. Aplicação da Teoria dos Precedentes na ordem jurídica brasileira

Discute-se no ordenamento jurídico brasileiro acerca da adoção de precedentes judiciais como forma de pacificar os posicionamentos firmados pelos tribunais, bem como quanto a existência de uma teoria do precedente judicial. Sobre o tema, destacam-se três correntes doutrinárias principais, seguidas por autores que se dedicaram a justificar a existência ou inexistência desse instituto no país.

As duas primeiras correntes direcionam a sua análise ao campo da eficácia produzida pelas decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro e à origem dessa eficácia, enquanto que o terceiro grupo analisa a adoção de precedente judicial no Brasil, a partir de seu conceito.

A primeira corrente, representada por Lenio Luiz Streck e Georges Abboud²³², afirma que não se pode falar na adoção de precedente judicial no Brasil, eis que a lei é que atribui eficácia às decisões judiciais, enquanto no *common law* a eficácia do precedente judicial é histórico-concreta, ou seja, decorre do respeito às decisões judiciais, que foi historicamente construído.

²³¹ MARINONI, op. cit., p. 341.

²³² ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 519-541. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p.85-87.

A segunda corrente, representada por Patrícia Perrone Campos Mello, Maurício Ramires, Rodolfo de Camargo Mancuso, Caio Márcio Gutterres Taranto e Celso de Albuquerque Silva²³³, por seu turno, reconhece a adoção de precedentes judiciais no Brasil, pois a lei, em sentido amplo, atribui eficácia de observância obrigatória a determinadas decisões judiciais e à súmula vinculante, ou seja, uma vez conferida pela lei esse reconhecimento, fala-se em precedente judicial. Caso a lei nada diga a respeito, não será a decisão judicial considerada um precedente.

Para a terceira corrente, capitaneada por Marcelo Alves Dias de Souza, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira²³⁴, o precedente judicial pode existir em qualquer ordenamento jurídico, seja aquele atrelado à tradição do *common law* ou do *civil law*, pois trata-se de um resultado da atividade jurisdicional, inevitável. Havendo uma decisão judicial, esta tem aptidão para se tornar um modelo de raciocínio para julgamentos futuros.

Nas linhas desse pensamento, o que varia de um ordenamento jurídico para outro é o grau de autoridade ou eficácia que se atribui aos precedentes judiciais. No sistema europeu-continental (romano-germânico), por exemplo, os precedentes judiciais costumam ser dotados de eficácia persuasiva, enquanto que no sistema anglo-saxão, os precedentes judiciais costumam ser dotados de eficácia vinculante.

Assim, a terceira orientação doutrinária parte da análise do conceito de precedente judicial para defender a sua aplicação no Brasil, pois se defende que o precedente é um fato. Toda decisão judicial possui a capacidade de se tornar um precedente, pois apenas se tornará um quando for usada como base para a formação de outra decisão judicial. Já a produção de efeitos conferidos aos precedentes é questão diversa, podendo variar de um ordenamento para o outro.

Atualmente, com a reestruturação do sistema processual civil brasileiro, por meio da edição do Código de Processo Civil em 2015, pode-se dizer que o sistema de precedentes judiciais foi aperfeiçoado. O sistema brasileiro de precedentes judiciais objetiva, de forma

²³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.58-59; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.81; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.151-152; TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.12-13; SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.108.

²³⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p.175-176; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2013, v. 2., p.438.

precípua, assegurar a isonomia e a segurança jurídica, pois garante-se que casos parecidos recebam soluções iguais, trazendo mais previsibilidade às decisões judiciais.

Como já foi abordado, existem dois tipos de precedentes: vinculante ou persuasivos, sendo os primeiros de aplicação obrigatória (a não ser que os casos sejam diversos, aplicando-se o *distiguishing*) e os segundos meramente argumentativos, que apesar de não poderem ser ignorados, podem ser afastados, desde que o pronunciamento judicial fundamente a sua não incidência.

No entanto, a doutrina brasileira diverge quanto a quais tipos de decisões são consideradas orientações de observância obrigatória e quais não o são. Isso porquê segundo uma parte da doutrina²³⁵, o art. 927 do CPC/15 traz um rol de precedentes obrigatórios, que possuem seus processos próprios de formação. Nesse caso, seriam eles: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ainda, esse rol não seria considerado exaustivo, visto que se incluiriam as orientações consolidadas na súmula de cada um dos tribunais, mesmo não sendo tribunal superior, com força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles atrelados. O fundamento legal estaria no art. 926 do CPC/15, que prevê o dever genérico dos tribunais uniformizarem a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Nesse mesmo sentido está o Enunciado 170, elaborado no IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que assim dispõe: “as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”²³⁶.

Já o outro posicionamento doutrinário²³⁷ entende que apenas seriam precedentes de observância obrigatória as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de

²³⁵ Ibid, p. 474.

²³⁶ O referido encontro foi realizado nos dias 05, 06 e 07 de abril de 2014, sob a coordenação de Fredie Didier Jr. (coordenação geral), Dierle Nunes, Suzana Cremasco, Marina França e Fernando Jayme e com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, sob a presidência de Teresa Arruda Alvim Wambier, e tendo como Diretor de Relações Institucionais Cassio Scarpinella Bueno.

²³⁷ Além de CÂMARA, Alexandre de Freitas, op. cit., p. 434-435, também sustentam esta opinião WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo*. São Paulo: RT,

constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Tal posicionamento se justifica na medida em que deve ser feita uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, não resultando a eficácia vinculante do disposto no art. 927 do CPC/15, que apenas prevê um dever jurídico de que tais decisões ou enunciados sumulares sejam considerados pelos órgãos julgadores no momento da decisão.

A observância obrigatória resultará da previsão expressa em outra norma, que caso não exista, torna a decisão ou súmula em uma orientação persuasiva. Assim, os juízes e tribunais teriam a obrigação de quando não forem observá-los, fundamentar especificamente e de forma adequada o afastamento na norma jurídica geral, não podendo simplesmente ignorá-la.

Quanto a previsão em norma específica, a primeira hipótese, que são as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I do CPC/15), têm eficácia vinculante por força do art. 102, §2º da CRFB/88; a segunda, que são os enunciados de súmula vinculante (art. 927, II do CPC/15), provém do art. 103-A da CRFB/88; a terceira, que são os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência (art. 927, III do CPC/15), vem estabelecida no art. 947, §3º do CPC/15; a quarta, que são os acórdãos proferidos no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III do CPC/15), decorre do art. 985 do CPC/15; a quinta, que são as decisões proferidas pelos STF ou STJ no julgamento de recurso extraordinário ou especial interposto contra acórdão proferido por tribunal de segunda instância no julgamento do incidente de resolução de demanda repetitiva, com base no art. 987, §2º do CPC/15; por fim, a última hipótese, que são os acórdãos prolatados no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, por força do art. 1.040 do CPC/15.

Dessa forma, para essa corrente doutrinária, os enunciados de súmula não vinculantes do STF e do STJ, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais não seriam vinculantes, mas apenas persuasivos, pois não possuem previsão acerca de qualquer obrigatoriedade em uma norma específica, diferente das outras previsões, que possuem uma correspondência com outra norma legal. Tal entendimento não é o que vem predominando na doutrina a respeito do tema, mas é de suma relevância o seu conhecimento.

2015, p. 1.315 e 1.317-1.318. Falam os autores, ali, em “obrigatoriedade forte”, “obrigatoriedade média” e “obrigatoriedade fraca”.

4.4.1 Influências do Código de Processo Civil atual no Processo Penal Brasileiro

Com a publicação da Lei 13.105/15, revogou-se o antigo Código de Processo Civil de 1973, que apenas continua a ser aplicado às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do novo código, bem como em algumas hipóteses, como nas execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas.

Inicialmente, pensou-se que as mudanças não afetariam, de modo geral, o processo penal, eis que o STF editou o Enunciado de Súmula nº 699, prevendo que o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, em se tratando de matéria de natureza penal, deveriam ser regulados pela Lei nº 8038/90, não sendo afetada por alterações posteriores decorrentes do novo código.

No entanto, com o decorrer da aplicação da nova lei, passou-se a perceber que a mudança operada pela nova legislação processual civil trouxe desdobramentos na seara penal, todos com muita importância. O principal deles é a revogação integral do regramento dado ao procedimento do Recurso Especial e Extraordinário, bem como os respectivos Agravos contra sua inadmissão e a Reclamação, todos tratados na Lei nº 8038/90.

Se o citado enunciado de súmula for interpretado literalmente, tais recursos quando tratassem de matéria penal estariam sem regramento jurídico. Porém, esta não é a melhor interpretação conferida pelos doutrinadores. Conforme elucida Pacelli²³⁸, a escolha pela revogação ocorreu em razão do novo Código de Processo Civil ter explorado de forma suficiente aquelas matérias, esgotando-as, dando tratamento minucioso, bem diferente da antiga previsão.

Dessa forma, por meio desse pensamento lógico, serão sim as novas normas relativas ao Recurso Especial e Extraordinário aplicadas ao processo penal, havendo duas justificativas: primeiramente, o CPP permite a aplicação analógica das normas previstas do CPC, conforme o seu art. 3º²³⁹, permitindo-se assim, em caso de lacuna, a aplicação de outros regramentos, externos ao CPP; ainda, não menos importante, com a revogação da previsão legal acerca dos

²³⁸ PACELLI, op. cit., p. 433.

²³⁹ BRASIL, art. 3º do CPP: A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

citados recursos, certo é que houve um redirecionamento do regramento para o novo diploma legal, até porquê esses recursos possuem previsão constitucional, não podendo ser excluídos.

Em relação ao recurso extraordinário, a via recursal processual penal foi bastante reduzida, apesar de não se saber quais questões de âmbito econômico, político ou social serão exigidas, na forma do art. 1.035, § 1º do CPC/15, tratando-se de recurso com matéria criminal. Ou seja, a repercussão geral se limitará às questões processuais penais objetivas, isto é, àquelas que já haja manifestação consolidada naquele Tribunal.

Quanto a teoria dos precedentes judiciais formulada pelo novo Código de Processo Civil, o presente trabalho defende a sua aplicação ao processo penal, tendo em vista que ao servir de instrumento de uniformização de decisões em causas idênticas respeita-se os princípios da isonomia, segurança jurídica, não-surpresa e confiança, sendo possível em muitos casos prever a resposta jurídica que será conferida.

Ademais, não há nenhuma vedação prevista na lei quanto a sua incidência, além de não haver regramento semelhante no Código de Processo Penal, eis que se trata de uma previsão normativa inovadora, advinda após um longo processo evolutivo. Portanto, aplica-se analogicamente o sistema de formação de precedentes judiciais previsto no CPC/15 ao Processo Penal.

Não obstante, não são todas as inovações trazidas pelo novo CPC que irão incidir no regramento processual penal, pois quando o CPP dispor de maneira diversa, este prevalecerá. Um exemplo é a contagem dos prazos processuais em dias úteis (art. 219 do CPC/15), que não será adotada, prevalecendo a norma disposta no art. 798 do CPP, inclusive em relação aos procedimentos previstos no CPC/15²⁴⁰.

²⁴⁰ Recentemente, o STJ decidiu acerca dessa controvérsia, no AgRg na Reclamação nº 30.714/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, publicado em 4.5.2016, permanecendo os prazos processuais em dias corridos aos processos de matéria penal por não haver revogação acerca do tema, bem como por persistir a previsão do art. 798 do CPP.

4.4.2. Análise do HC 127.900/AM à luz da Teoria dos Precedentes formulada no CPC/15

O HC 127.900/AM trouxe uma grande mudança com a orientação fixada pelo Plenário. Até 2015, o Supremo insistiu em diversos julgados em apenas afirmar que o procedimento especial teria prevalência sobre o comum, exceto quando a ação penal apurasse crimes distintos, com ritos diversos, mas conexos, aplicando o procedimento ordinário por ser mais amplo, conferindo um maior exercício da ampla defesa ao acusado.

Assim, a realização do interrogatório do réu no início da instrução processual não configuraria causa de nulidade, pois a demonstração do prejuízo seria essencial para essa configuração, não se podendo presumir uma violação aos direitos do réu. No entanto, apesar de ainda tímidos, existiam outros posicionamentos, que entendiam sim pela aplicação subsidiária do art. 400 do CPP aos procedimentos especiais, por privilegiar a ampla defesa, princípio constitucional.

Então, finalmente, enfrentou-se a questão em amplo debate no Plenário do STF, concluindo-se pela adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais previstos na CRFB, dando-se máxima efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, fixou-se a orientação de que a partir da publicação da ata do julgamento, que se deu no dia 11/03/2016, a norma prevista no art. 400 do CPP deveria incidir em todos os procedimentos penais regidos por legislação especial.

Tendo como foco a citada decisão, será feito nas próximas linhas um trabalho de identificação da *ratio decidendi* da mesma, ou seja, o fundamento determinante que culminou na sua conclusão final. Contudo, para tanto, é necessário discorrer acerca dos métodos de sua identificação, conforme elaborados pelos autores norte-americanos, que estudaram a fundo o tema.

O primeiro método a ser desenvolvido, por volta do final do século XIX, denomina-se “Teste de Wambaugh”, elaborado por Eugene Wambaugh²⁴¹. Segundo ele, deve-se fazer uma técnica de inversão, ou seja, quando um determinado enunciado é invertido, implicará em uma mudança na conclusão final do julgamento. Assim, sem a razão de decidir, o resultado final do

²⁴¹ WAMBAUGH apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V. 2. Salvador: Juspodium, 2016, p. 462.

julgado se torna diverso. Caso a sua exclusão não afete em nada a decisão final, não será o fundamento determinante, mas o *obiter dictum*²⁴².

Já para o segundo método, a primeira técnica seria insuficiente para os casos em que o julgador adota duas razões jurídicas diferentes, que quando avaliadas isoladamente, são suficientes para conduzir aquela mesma solução. Caso de afaste uma delas, a outra poderá ser usada para fundamentar a conclusão, e não necessariamente a outra poderá ser considerada *obiter dictum*.

Dessa forma, segundo o método de Goodhart²⁴³, a solução seria priorizar uma análise nos fatos principais que deram origem a causa e a decisão, se encontrando os fundamentos determinantes neles e não nas razões do julgador. Aos casos semelhantes deverão ser conferidas decisões similares, em razão da aproximação entre os fatos fundamentais.

Contudo, há ainda um terceiro método, que considera as outras duas técnicas, sendo misto, desenvolvido por Rupert Cross e também por Marinoni²⁴⁴. Segundo este método, deve-se buscar a *ratio decidendi* por meio da identificação dos fatos relevantes que são abordados na causa, bem como nos motivos jurídicos determinantes, que fundamentam a resolução da controvérsia. Os dois itens, analisados de forma conjunta, é que formarão os fundamentos determinantes do pleito, não podendo ser considerados de forma separada, o que desvirtuaria o método.

Será com base neste terceiro método que se identificará os fundamentos determinantes do caso analisado, que poderão servir de observância obrigatória ou persuasiva, conforme abordado na teoria dos precedentes judiciais.

4.4.2.1. Identificação dos fundamentos determinantes formulados no HC 127.900/AM

Primeiramente, para se identificar a *ratio decidendi* do julgado, faz-se necessário revelar os seus fatos principais.

A demanda foi levada ao Plenário do STF diante da relevância da matéria, visto que o tema acerca da incidência do art. 400 do CPP aos procedimentos especiais não é pacífico na

²⁴² Na doutrina jurídica brasileira, adota esse entendimento: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177.

²⁴³ GOODHART apud DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 462.

²⁴⁴ Ibid., p. 462.

jurisprudência da Corte Constitucional, aplicando-se o art. 21, inciso XI, do Regimento Interno do STF.

Por conseguinte, fato é que a principal questão era decidir acerca da aplicação do art. 400 do CPP, bem como se o ato seria declarado nulo por não ter seguido a referida norma. No entanto, conforme exposto pelo Relator, não existia uma preocupação apenas em decidir aquele caso em particular, mas também em estabilizar a jurisprudência daquele tribunal de cúpula. Portanto, qualquer que fosse a decisão, essa traria consequências futuras para os casos que fossem julgados posteriormente e tratassem da mesma matéria.

Uma vez identificado o fato principal, parte-se para o reconhecimento dos motivos jurídicos determinantes que dão base a decisão. Conforme o enunciado 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, deve-se considerar como fundamentos determinantes de uma decisão aqueles fundamentos da decisão judicial colegiada que tenham sido expressamente acolhidos ao menos pela maioria dos integrantes da turma julgadora²⁴⁵. Ainda, conforme o enunciado 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁴⁶, esses fundamentos precisam ter sido objeto de contraditório prévio e substancial para formarem um precedente.

Logo, apenas aqueles argumentos com expressa adesão dos juízes que integram o colegiado seriam precípuos para o deslinde da causa. Ocorre que, a sistemática do julgamento colegiado no Brasil é por adesão à conclusão, ou seja, somam-se as conclusões dos votos integrantes do órgão jurisdicional²⁴⁷. O que acaba se tornando importante nessa forma de julgar é se os julgadores concluíram pela mesma solução, ainda que tenham chegado nela por argumentos diversos, sendo considerado um provimento por unanimidade.

Todavia, conforme a sistemática da Teoria dos Precedentes, o correto seria que o julgamento fosse feito por adesão à fundamentação, pois se não fosse o debate realizado e o raciocínio jurídico perpetrado pelos julgadores, não se teria chegado a solução do caso concreto. O que se identifica como fundamento determinante da decisão não é a conclusão conferida a lide, mas como foi dito pelo enunciado, os fundamentos acolhidos pela maioria do colegiado, que poderão ter força vinculante.

Apesar de os Tribunais ainda não aplicarem essa forma de julgar, é necessário que haja uma mudança, pois com a adoção da teoria dos precedentes judiciais trazida pelo CPC/15 é

²⁴⁵ BRASIL. *Enunciado 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ CÂMARA, op. cit., p. 440.

essencial que os julgadores adotem ou não uma determinada fundamentação comum e não apenas a conclusão. Caso contrário, ainda não haverá uma efetiva aplicação da teoria, mas uma contrariedade ao sistema.

Destarte, para se revelar a *ratio decidendi* do referido julgado, adotar-se-á os fundamentos comuns apresentados pelos Ministros, de forma a se aplicar de forma autêntica a teoria dos precedentes judiciais. Apenas o que foi decidido em comum pela maioria dos Ministros como fundamento basilar da decisão é que será considerado como fundamento determinante da decisão conferida aquele caso, tendo capacidade vinculativa ou persuasiva.

A princípio, pode-se identificar os fundamentos principais, formulados pelo Ministro Relator Dias Toffoli, acolhido por quase todos os Ministros que compuseram o Plenário, exceto pelo Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do voto do Ministro Relator, preliminarmente, decidiu a favor da competência da justiça militar para julgar o caso. No mérito, sustentou que deve ser aplicado o raciocínio firmado em Plenário na Ação Penal nº 528 em que se julgou questão semelhante e entendeu-se que a norma prevista no art. 400 do CPP prevê prática benéfica à defesa, devendo prevalecer, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Fundamentou, ainda, o Ministro Relator que a Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Constituição Federal, além de ser mais benéfica ao réu. Uma vez não observada a referida norma, haverá prejuízo, eis que diminui a possibilidade de se manifestar pessoalmente sobre a prova acusatória desfavorável (contraditório) e também de exercitar o direito de audiência (ampla defesa), deixando de influir na formação do convencimento do julgador.

Afirmou, ainda que não há um conflito entre norma geral e norma especial, a chamada antinomia entre normas, mas entre uma norma e um princípio constitucional, devendo prevalecer o último, conferindo-lhe máxima efetividade.

Por fim, conforme debatido e acompanhado pela maioria, modulou os efeitos da decisão, para que somente atinja as decisões cuja instrução não esteja encerrada, a partir da publicação da ata. Para dirimir a controvérsia existente entre a primeira e a segunda turma do STF, que possui entendimentos contrários sobre o tema, também ampliou os efeitos da decisão para atingir todos os procedimentos especiais penais.

Quanto ao restante, podemos classificar tais argumentos como o *obiter dictum* da demanda. Os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Roberto Barroso além

de acompanharem o voto do Ministro Relator, também acrescentaram alguns argumentos para complementação, enquanto os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e a Ministra Rosa Weber aderiram ao voto do Ministro Relator em seus exatos termos.

Vale destacar algumas exposições que ocorreram no debate e que podem ser consideradas *obiter dictum* do julgado: uma possível criação de Súmula Vinculante, no futuro, acerca do tema, conforme abordou o Ministro Dias Toffoli, ou até mesmo a sua ampliação para os procedimentos administrativos, como ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski.

A decisão proferida pelo Plenário do STF trouxe segurança jurídica, confiança e isonomia aos jurisdicionados. Não há mais uma simples escolha do juízo em seguir ou não o procedimento especial, realizando o interrogatório no início ou no final, mas um dever jurídico de respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que compõem o devido processo legal, tendo em vista ser o interrogatório um meio de defesa do réu e não apenas um meio de prova. Por ser norma mais benéfica e que se coaduna com o sistema acusatório e com o Estado Democrático de Direito, esta deve ser empregada em todos os procedimentos especiais vigentes no sistema processual penal brasileiro.

Com este estudo pormenorizado do posicionamento firmado no HC 127.900/AM, restou apenas uma dúvida, que por mais relevante que seja, ainda não poderá ser solucionada no presente trabalho. Trata-se de um precedente vinculante ou persuasivo?

Conforme já foi discorrido no início deste último capítulo, a doutrina não possui uma única orientação. A princípio, há grande divergência quanto a ideia de que todas as hipóteses previstas no art. 927 do CPC/15 seriam vinculantes²⁴⁸, havendo duas correntes, uma que defende que todos são obrigatórios e outra que apenas os incisos I, II e III o são.

Como os estudos ainda carecem de amadurecimento, não se pode afastar a douta tese da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, em que se confere efeitos vinculantes somente as hipóteses que possuam o fundamento em outra norma que atribua especificamente tais efeitos, bem como que as decisões não são estabelecidas por procedimentos idênticos, e por isso, dependerá do modo como o contraditório será exercido em cada um desses procedimentos para se concluir pela eficácia vinculante ou não²⁴⁹.

²⁴⁸ Ao refletir sobre o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, Lenio Luiz Streck afirma que “o CPC fala que juízes e tribunais ‘observarão’. Não há a palavra ‘vinculação’”. STRECK, Lenio Luiz. *Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomumcritica-teses-defendem-sistema-precedentesparte-ii>>. Acesso em: 03 dez 2017.

²⁴⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. 2017. 373

Por se tratar de um precedente originário de um julgamento em sede do Plenário do STF, há argumento para as duas vertentes, tanto para a que lhe confere eficácia vinculante, se enquadrando no caso do art. 927, inciso V do CPC/15, quanto para a que lhe reconhece apenas eficácia persuasiva, por não se enquadrar no art. 927, incisos I, II ou III do CPC/15, além do fato de não possuir procedimento diferenciado que lhe confira a amplitude máxima do contraditório.

Como o sistema de precedentes judiciais ainda é algo recente no ordenamento jurídico brasileiro, pois somente com a vigência do Código de Processo Civil em 2016 passou a ter efeitos, ainda seguirá em constante evolução e aperfeiçoamento, dando origem a muitos debates acerca do tema.

Afinal, é por meio dos debates que grandes teses jurídicas surgem, fortalecendo-se a aplicação de determinadas normas, bem como fomentando a observância dos princípios constitucionais. A evolução pode parecer pequena em certos assuntos, mas aos poucos gera-se um efeito transformador na ordem jurídica, podendo chegar a um ponto em que certas conclusões não mais poderão regredir.

Deve-se fazer a seguinte reflexão: tratando-se o HC 127.900/AM de um precedente vinculante ou persuasivo, não se deve ignorar a sua imensa importância, pois diante do trabalho argumentativo desenvolvido para se chegar a tese jurídica final, para seu afastamento também deverá ser formulada uma outra decisão substancialmente trabalhosa, pois a matéria somente foi levada ao Plenário tendo em vista a grande necessidade de uniformização da jurisprudência sobre o tema.

Diante desse cenário, é possível concluir que o citado precedente tenha por meio da hermenêutica maximizado a tal ponto o emprego dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa que, para lhe conferir um outro sentido, poderá ser alegado em defesa de sua manutenção a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ou efeito *cliquet*²⁵⁰ para se evitar

f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Programa de Pós-graduação em Direito Processual. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConsAutor.html>. Acesso em: 03 dez. 2017. Segundo Alexandre Câmara, conforme versado em sua tese de doutorado, a formação dos padrões decisórios vinculantes observa uma comparticipação subjetivamente ampliada que a qualifica. Ou seja, as decisões com eficácia vinculante surgem após a concretização de um procedimento em que se exerce um contraditório mais amplo que aqueles procedimentos que dão origem às decisões persuasivas. Tal conclusão tem relação direta com o estado democrático de direito, pois se confere uma maior eficácia ao citado princípio constitucional.

²⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337.

um retrocesso social, devido a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois a todo momento os direitos fundamentais são passíveis de aprimoramento.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a necessidade de uniformização do entendimento quanto a declaração ou não de nulidade do interrogatório quando realizado como o primeiro ato processual, mesmo havendo previsão em procedimento especial. A controvérsia surgiu em razão da alteração do Código de Processo Penal por meio da Lei nº 11.719/08, que acrescentou o art. 400, que passou a prever a realização do interrogatório do réu no término da instrução processual.

Dois grandes posicionamentos se formaram na jurisprudência e na doutrina visando dar uma solução a esta questão: uma corrente negava a existência de nulidade, a não ser que fosse comprovado o prejuízo, pois não se pode presumir uma violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, visto que a norma especial prevê a execução do interrogatório no início da instrução, devendo esta prevalecer em face na norma geral.

Por outro lado, também havia um segundo posicionamento, que se pautava no argumento de que ao se efetuar o interrogatório como último ato da audiência de instrução e julgamento, confere-se aos direitos do contraditório e da ampla defesa uma maior amplitude, pois além do interrogatório ter natureza jurídica de meio de prova, também lhe é reconhecida a natureza de meio de defesa, pois é nesse momento que é conferido ao réu o direito à autodefesa, podendo também ser auxiliado pela defesa técnica. Portanto, trata-se de norma mais benéfica ao réu.

Esse debate culminou no HC 127.900/AM, objeto de estudo deste trabalho, em que foram analisados os votos de todos os Ministros que participaram do julgamento, decidindo a maioria que a controvérsia não se tratava de uma antinomia entre a norma especial e a norma geral, mas de uma suposta prevalência indevida de uma norma especial diante de princípios constitucionais.

Ademais, foi preciso realizar uma análise histórica da evolução dos sistemas processuais penais para se compreender como se conseguiu chegar ao atual estágio, em que no processo penal se separa as funções de acusar, defender e julgar, características do sistema acusatório, considerando-se o réu não culpado até o trânsito em julgado da decisão, conforme prevê o art. 5º, LVII da CRFB/88.

Para se conhecer quais seriam os efeitos dessa decisão no ordenamento jurídico, foi preciso trazer ao estudo o sistema de precedentes judiciais, evolução conferida pelo novo Código de Processo Civil, que tem relevância para o Processo Penal, pois esse também produz

precedentes penais. Não havendo outra lei tratando da matéria, aplica-se subsidiariamente o citado regramento, que reconhece a existência de efeitos vinculantes ou persuasivos a essas decisões.

O principal argumento elaborado por este trabalho consubstancia-se na ideia de que apesar de a doutrina ainda não ser pacífica quanto a quais tipos de decisões poderiam gerar orientações vinculantes ou persuasivas, há um relevante aspecto a ser ressaltado: somente poderá se afastar um precedente por meio de um árduo trabalho argumentativo, em que se contrapõe a tese jurídica fundamental formulada anteriormente, para sustentar na fundamentação da decisão a existência de outra tese jurídica, que deverá ser aplicada ao mesmo caso concreto.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da pesquisa consiste na tese de que quando se trata de direitos fundamentais, deve haver um cuidado ainda maior para se alterar uma interpretação conferida a sua aplicação jurídica. Ao se falar nos princípios do contraditório e da ampla defesa, que são também direitos e garantias fundamentais, defender a sua restrição seria violar o princípio da vedação ao retrocesso (ou efeito *cliquet*), tão capitaneado pela doutrina e pela jurisprudência, o que causaria uma imensa instabilidade jurídica, pois a qualquer tempo os mencionados direitos são passíveis de aperfeiçoamento.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ARAS, Vladimir. *Princípios do Processo Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/1>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República*. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. *Decreto-lei nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

_____. *Enunciado nº 168 do FPPC: Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a ratio decidendi do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais*. Disponível em: <<http://prestandoprova.blogspot.com.br/2015/05/enunciados-do-fppc-sobre-o-novo-cpc.html>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____. *Enunciado 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____. *Lei n.º 8.038*, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. *Lei n.º 11.719*, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Lei n.º 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. *Lei n.º 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. *Súmula 523 do STF*: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. *Súmula 707 do STF*: Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_80>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. *Súmula Vinculante 14*: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados, em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP n.º 528/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734194/agreg-na-acao-penal-ap-528-df>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP n.º 679-QO/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342603/acao-penal-ap-679-rj-stf/inteiro-teor-159438163>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC-Agr n.º 89025/SP*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759887/agregno-habeas-corpus-hc-agr-89025-sp>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 100.382/PR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613892>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 100.810/PB*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4133675/habeas-corpus-hc-100810-pb-2008-0041916-0/inteiro-teor-12209954>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 111.728/SP*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807565/habeas-corpus-hc-111728-sp-stf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 117.179/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24593888/habeas-corpus-hc-117179-rj-stf/inteiro-teor-112087520>>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 121.953/ MG*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_121953_MG_1404556085279.pdf?Signature=gPHSBaZM4FICSxN0nzGXWCst3qM%3D&Expires=1476137697&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=825a7cce2384a9aa8eafb1cf270a2738>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 127.900/AM*. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15335153053&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 79.812/SP*. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.672/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770170/habeas-corpus-hc-82672-rj>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.959/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 85155/SP*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.anacrismondonca.com.br/sis/download_file.php?f=/_anacris/imagens/arquivos/stf_hc_85155_rito_10409_1_1.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 86.634/RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111728&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 92.331/PB*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539127>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MC em HC nº 92.599/BA*. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc92599.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 8168/SC*. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4429246/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-8168>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 89.892/PR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3688897>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. 2017. 373 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Programa de Pós-graduação em Direito Processual. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConsAutor.html>. Acesso em: 03 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 200.

CROSS apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V. 2. Salvador: Juspodium, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dyrlei da. *O que é a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes?*. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/206655274/o-que-e-a-teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes>>. Acesso em: 18 out. 2016.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Editorial Cuadernos para El Diálogo, 1973.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V. 2. Salvador: Juspodium, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. RT, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FREITAS, Juarez de. *A interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOODHART apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V. 2. Salvador: Juspodium, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antônio. *As nulidades do processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

JESUS, Priscila Silva de. *Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil*. 2014. 30 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – UNIFACS, Salvador, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: 1997.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PALMER, Robert apud TRISTÃO, Adalto Dias. *O interrogatório como meio de defesa – enfoque constitucional e processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. 2015. 217 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco. 2015.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique; CASCAJO CASTRO, José; CASTRO CID, Benito de; GÓMES TORRES, Carmelo. *Los derechos humanos, dignificación, estatuto jurídico y sistema*. 1979. 217 f. Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes judiciais no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Súmula Vinculante: Teoria e Prática da Decisão Judicial com base em Precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente Judicial: autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1996.

TRISTÃO, Adalto Dias. *O interrogatório como meio de defesa – enfoque constitucional e processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBAUGH apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. V. 2. Salvador: Juspodium, 2016.