



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Interrogatório judicial do réu: a dicotomia entre o Procedimento Comum e o da Lei n.
11.343/2006 à luz do princípio da ampla defesa em oposição ao da especialidade

Bianca Magalhães e Silva

Rio de Janeiro
2015

BIANCA MAGALHÃES E SILVA

Interrogatório judicial do réu: a dicotomia entre o Procedimento Comum e o da Lei nº 11.343/2006 à luz do princípio da ampla defesa em oposição ao da especialidade

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof^a Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Interrogatório judicial do réu: A dicotomia entre o Procedimento Comum e o da Lei 11.343/2006 à luz do princípio da ampla defesa em oposição ao da especialidade

Bianca Magalhães e Silva

Graduada pela Universidade Candido Mendes - Centro. Advogada. Pós-Graduada em Direito Privado pela Universidade Candido Mendes.

Resumo: O interrogatório do réu, conforme redação conferida pela Lei n. 11.719/2008 ao art. 400 do CPP, é o último ato de instrução. O rito previsto no mencionado artigo não se aplica à Lei de Drogas, em razão do princípio da especialidade, de modo que o interrogatório do réu processado com base na Lei n. 11.343/2006 deve observar o procedimento nela descrito, sendo, assim, o primeiro ato de instrução. A pesquisa tem como objetivo abordar essa dicotomia, tendo em vista que, ao manter o estabelecido na legislação especial, na realidade, estaríamos consagrando um retrocesso, e, conseqüentemente, ofendendo a garantia fundamental da ampla defesa.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Instrução Criminal. Interrogatório do réu. Reforma pela Lei 11.719/2008. Procedimento Comum. Lei 11.343/2006.

Sumário: Introdução. 1. Da aplicabilidade do interrogatório do réu como último ato de instrução nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006. 2. Do conflito entre os princípios da ampla defesa e o da especialidade no contexto em escopo. 3. Da possibilidade de ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto tem como foco a análise do interrogatório judicial do réu no Processo Penal, oportunidade na qual ele tem de defender-se da imputação descrita na denúncia.

Objetiva-se discutir com o presente estudo a dicotomia gerada entre o procedimento comum e o da Lei de Drogas, em face da reforma conferida pela Lei n. 11.719/2008 ao artigo 400 do CPP, que elencou o interrogatório judicial como sendo o último ato de instrução, garantindo além de um meio de prova, um importante meio de defesa.

Ocorre que nos procedimentos especiais, mais precisamente no procedimento previsto na Lei n. 11.343/2006, o interrogatório do réu é o primeiro ato de instrução, e não houve nenhuma alteração nesse sentido, o que gera uma dicotomia entre os procedimentos em escopo.

Para tanto, serão apresentados os conceitos dos princípios da ampla defesa e da especialidade, a fim de analisar se esse princípio, ao ser aplicado, não estaria ofendendo a ampla defesa, uma vez que o interrogatório como último ato de instrução é um avanço na autodefesa, garantia fundamental prevista constitucionalmente.

Assim sendo, será analisada a real intenção do legislador na previsão do artigo 57 da Lei nº 11.343/2006, que reproduziu o padrão até então em vigor à época da alteração legislativa, e pelo fato de esse padrão, posteriormente, ter sido alterado, estabelecendo o interrogatório como sendo o último ato de instrução, nada mais natural do que estas alterações serem estendidas a todos os dispositivos legais que a ela fizeram menção.

Procura-se, ainda, explicitar caso o interrogatório do réu no âmbito das leis especiais continue sendo o primeiro ato de instrução criminal, não estaria havendo uma ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social, e, conseqüentemente ofendendo a garantia fundamental da ampla defesa.

A metodologia a ser adotada é a do tipo bibliográfica, histórica e descritiva.

1 – DA APLICABILIDADE DO INTERROGATÓRIO DO RÉU COMO ÚLTIMO ATO DE INSTRUÇÃO NOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006

O interrogatório do réu no processo penal brasileiro é um ato através do qual o acusado pode esclarecer a respeito da imputação que lhe é feita, configurando-se, assim, um importante meio de defesa.

Antes da reforma conferida pela Lei n. 11.719/2008 ao artigo 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório era realizado no início da instrução criminal, e com a alteração dada pela mencionada Lei passou a ser o último ato. Essa reforma possibilitou ao réu o melhor exercício de sua defesa, uma vez que, após ser realizada toda a instrução, com o colhimento de todas as provas é que o réu irá se manifestar, se assim o desejar, em razão do direito de permanecer calado, sobre o que se apurou em relação a ele.

Como diz Fernando da Costa Tourinho Filho¹:

Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica (no capítulo da instrução), fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Mediando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no seu art. 5º, LXIII, reconheceu o direito ao silêncio –, chegamos à conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa.

É com a realização do interrogatório que o órgão julgador irá formar o seu convencimento a respeito da prática ou não do crime imputado ao réu, além disso, é nesse momento que o juiz irá manter contato com o acusado, sendo isso fundamental, tendo em vista a possibilidade de serem analisadas todas as circunstâncias da ocorrência do crime.

A intenção do legislador com a reforma que ocasionou a mudança na ordem de instrução no rito ordinário foi a de não só ter a certeza quanto ao cometimento do delito por parte daquele a quem se pede a aplicação da norma penal, como ter a certeza também de que ele é o autor do crime em questão, ampliando a possibilidade dele se defender após toda a instrução realizada.

E tão necessário é o interrogatório que uma das primeiras providências a serem tomadas pelo juiz, ao receber a peça inicial da ação penal, consiste em determinar a notificação do réu para dar a sua resposta; e, na hipótese de o juiz não o absolver sumariamente, nos termos do art. 397, determinará sua citação para que ele saiba que a

¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 298.

acusação contra ele foi aceita e ao mesmo tempo é chamado a comparecer à audiência, em que será interrogado².

A alteração gerada no rito do procedimento comum, colocando o interrogatório do acusado como último ato de instrução, não foi seguida nos procedimentos de algumas legislações especiais, mais precisamente na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), que ao cuidar dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, dispõe que o interrogatório do réu seria ainda o primeiro ato de inquirição, conforme preceitua o artigo 57 da mencionada lei³:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.
Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Na audiência de instrução e julgamento realizada no procedimento especial da Lei de Drogas haverá primeiramente o interrogatório do réu; a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa; a sustentação oral entre o Ministério Público e a defesa, e, por fim, a sentença.

A partir das modificações geradas com a reforma de 2008, passou-se a ter uma dicotomia na realização da instrução criminal no âmbito do procedimento ordinário e no âmbito dos procedimentos especiais, especialmente no rito da Lei de Drogas, que ora se analisa.

Devido a isso, passou-se a defender que o interrogatório do réu no rito do procedimento comum deveria ser aplicado também, por analogia, ao procedimento do tráfico de drogas, sendo assim, o último ato de instrução, para que o direito à autodefesa, no que tange ao princípio constitucional da ampla defesa seja efetivamente respeitado.

²TOURINHO FILHO, op. cit., p. 302.

³BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

Eugênio Pacelli⁴ sustenta:

Não vemos quaisquer dificuldades em aceitar a tese, desde que não se recorra ao argumento da suposta inconstitucionalidade do tratamento do interrogatório como primeiro ato de instrução. Fosse assim, todos os processos criminais instruídos a partir da Constituição, e anteriores à Lei nº 11.719/08, deveriam ser anulados. Não se cuida, evidentemente, de inconstitucionalidade.

No que pertine a realização do interrogatório como primeiro ato de instrução, ou seja, antes das testemunhas que irão depor sobre os fatos imputados ao réu, sob uma visão garantista do processo penal, é possível observar que a alteração dada pela lei nova não assegurou a efetivação do direito de ampla defesa e contraditório.

Assim sendo, não causaria qualquer dano ao processo essa aplicação, pelo contrário, estar-se ia conferindo uma melhor concretude a esses princípios constitucionais.

Rangel⁵ afirma que “perde-se a oportunidade de dar ao interrogatório o verdadeiro colorido de meio de defesa ao colocá-lo antes da oitiva das testemunhas. Em verdade, deveria o réu ser interrogado depois que as testemunhas fossem ouvidas, sejam as da acusação, sejam as da defesa, exercendo, plena e eficazmente, sua defesa”.

Portanto, pode-se depreender que a intenção do legislador no artigo 57 da Lei n. 11.343/2006 foi a de reproduzir o padrão que até então estava vigente no ordenamento jurídico brasileiro, e pelo fato desse padrão ter sido alterado, colocando o interrogatório do réu como último ato de instrução criminal, nada mais natural do que essas alterações serem estendidas a todos os dispositivos legais que a ela fizeram menção.

2 – DO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E O DA ESPECIALIDADE NO CONTEXTO EM ESCOPO

Os princípios da ampla defesa e do contraditório estão previstos no artigo 5º, inc. LV da Constituição Federal. A ampla defesa assegurada constitucionalmente divide-se em defesa

⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 812.

⁵ RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: comentários penais e processuais*. 2. ed. rev. ampl. atual. até dezembro de 2013. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 219.

técnica e autodefesa, também chamada de defesa pessoal. No processo penal brasileiro, a defesa técnica constitui verdadeira imposição legal, porque nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor, conforme dispõe o artigo 261 do Código de Processo Penal⁶:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Segundo, Alexandre de Moraes⁷:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). (...) Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A defesa técnica é indeclinável, tendo em vista o réu não poder dela abdicar, configurando, assim, nulidade absoluta do processo penal a falta da defesa técnica.

Não basta em uma concepção garantista, mais moderna de processo penal, um processo penal verdadeiramente constitucional, não basta uma defesa técnica meramente formal, não basta a simples presença do advogado para a validade do processo penal, visto que se exige mais, exige-se uma defesa técnica efetiva, ou seja, uma defesa técnica que atue de acordo com a lei, doutrina, jurisprudência, ética, mas que atue sempre em prol dos interesses do acusado. É o que se chama hoje de efetividade da defesa técnica.

Se a falta da defesa técnica é causa de nulidade absoluta do processo, a sua deficiência, a falta de efetividade da atuação do defensor é causa de nulidade relativa, conforme preceitua a súmula 523 Supremo Tribunal Federal:

⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 106-107.

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.

Já a autodefesa ou defesa pessoal deve ser assegurada ao acusado que a exercerá ou não, a seu próprio juízo, ou seja, fica ao critério do acusado exercer a chamada defesa pessoal. Portanto, o seu exercício é facultativo e se desdobra sob três aspectos, a saber: direito de audiência; direito de presença e direito de postular diretamente ao juiz ou Tribunal, em certos casos, expressamente previstos em lei, principalmente o direito de interpor recursos.

O direito de audiência, em síntese, é o direito ao interrogatório. O direito que deve ser oportunizado ao acusado para que ele apresente diretamente ao magistrado a sua versão acerca da imputação que lhe está sendo feita.

Na sistemática do CPP e da legislação extravagante, excetuada a hipótese de crime eleitoral, o interrogatório do acusado que comparecer em juízo, espontaneamente ou preso, é obrigatório, é indispensável. O acusado deverá ser interrogado, sob pena de nulidade do processo penal, nulidade essa prevista no artigo 564, inciso III, alínea “e”, do Código de Processo Penal. Cabe informar que, tem prevalecido o entendimento no sentido de que a nulidade aqui é absoluta, em virtude da falta do interrogatório do réu que comparecer a juízo.

O réu quando interrogado poderá recusar-se a responder, no todo ou em parte, as perguntas que lhe forem feitas pelo magistrado, sem que do seu silêncio possa advir qualquer prejuízo para a defesa. Trata-se do direito constitucional ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, constante também no artigo 186, do Código de Processo Penal.

O direito ao silêncio como expressão do chamado privilégio contra a autoincriminação, no sentido de que ninguém pode ser compelido, obrigado a produzir provas contra si mesmo, a se auto incriminar. De acordo com o privilégio contra a autoincriminação, o indiciado na fase do inquérito, e o acusado ou réu no curso do processo penal, não pode ser obrigado a colaborar com a atividade persecutória do Estado.

O direito de presença é o direito que tem o réu de assistir a todos os atos do processo, física ou virtualmente, através de interrogatório do processo por meio de videoconferência. Portanto, nessa vertente da autodefesa, ao réu deve ser assegurado o direito de assistir em tempo real aos atos praticados na sede do juízo.

No tocante ao princípio da especialidade, a norma especial conterà todos os elementos da norma geral, além de outros elementos, prevalecendo, assim, a norma especial sobre a norma geral.

Rogério Greco⁸ sustenta que:

Pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a aplicação da norma geral. É a regra expressa pelo brocardo *lex specialis derogat generali*. Em determinados tipos penais incriminadores, há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, se houver uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral. Na lição de Assis Toledo, “há, pois, em a norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral”.

Para que seja aplicado o princípio da especialidade na solução do caso em concreto, deve ser feita uma comparação entre os tipos penais acerca dos elementos gerais, bem como os elementos especiais. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo⁹ aduz que: "Se entre duas ou mais normas legais existe uma relação de especialidade, isto é, de gênero para espécie, a regra é a de que a norma especial afasta a incidência da norma geral".

O doutrinador Fernando Capez¹⁰ menciona que:

O princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece in abstracto, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto que os outros exigem um confronto concreto das leis que descrevem o mesmo fato.

No tocante ao interrogatório judicial do réu na Lei n. 11.346/2006, o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal (2ª Turma), é o de que a norma prevista no artigo 57 da mencionada lei prevalece sobre a regra

⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 28.

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

geral elencada no artigo 400 do Código de Processo Penal, sendo legítimo o interrogatório do réu como primeiro ato de instrução criminal.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹¹ conforme se vê:

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. PREJUDICIALIDADE. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INVERSÃO DA ORDEM. PREVALÊNCIA. LEI ESPECIAL. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. A superveniência da sentença condenatória constitui novo título legitimador da custódia, o que torna prejudicada a impetração quanto ao pedido de revogação da prisão preventiva. 3. O regramento específico estabelecido no art. 57 da Lei n. 11.343/2006 prevalece sobre a regra geral do Código de Processo Penal, sendo legítimo o interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas (precedentes do STJ e do STF). 4. Habeas corpus em parte prejudicado e, no mais, não conhecido. (STJ, HC 245.752- SP. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/02/2014, T6 - SEXTA TURMA)

O Supremo Tribunal Federal¹² também já se manifestou nesse sentido:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). IV – Recurso ordinário improvido. (STF, 2ª Turma. RHC 116713, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 11/06/2013).

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 245752- SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33732044&n_m_registro=201201223994&data=20140306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 116713-MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=4057157&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RHC%20/%20116713>>. Acesso em 01 set. 2015.

Assim, em apreço ao princípio da especialidade o interrogatório do acusado por crime previsto na Lei de Drogas continua a ser o primeiro ato de instrução e não o último ato, como se dá, em regra geral, conforme o disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal.

3 – DA POSSIBILIDADE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

O processo penal e a Constituição da República Federativa do Brasil repercutem de maneira efetiva na relação entre o indivíduo e o Estado. Essa relação é um reflexo do campo da atividade repressiva estatal. E isso porque nos Estados totalitários, cuja liberdade individual é aniquilada, o processo penal é um simulacro de processo com a finalidade de conferir legitimidade às decisões de quem detém o poder central.

Em um estado democrático de direito, a ação persecutória do Estado, tanto na investigação criminal quanto no processo penal propriamente dito, deve respeitar os direitos e garantias individuais. A busca pela verdade real, a punição do autor do crime não autoriza, não justifica a violação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Essa é uma visão garantista do processo penal, visto modernamente, sobretudo, nas democracias como um instrumento de contenção do arbítrio estatal. Os princípios básicos, as regras fundamentais estão na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente no rol dos direitos e garantias individuais. Os princípios constitucionais do processo estão principalmente, mas não exclusivamente, entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Conforme ilustra J. J. Canotilho¹³:

Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional. Não deixa, porém, de ser significativo que esta expressão – Estado constitucional – tenha

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 92-93.

merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciado a dimensão de Estado de direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

O princípio da vedação ao retrocesso social busca evitar a redução, a supressão, a diminuição, ainda que parcial, de um direito socialmente garantido ao cidadão. Ou seja, esse princípio preceitua que o Estado, como garantidor dos direitos fundamentais, não viole o núcleo do mínimo existencial, seja por meio comissivo ou omissivo, evitando-se, assim, macular a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ descreve que, “a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica”.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵ sustenta, ainda, que:

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais já dão conta de o quanto a questão – também entre nós – já foi objeto de previsão no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 442.

¹⁵ *Ibid.*, p. 444-445.

O princípio da vedação ao retrocesso não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, decorre do sistema jurídico-constitucional como um todo. Busca-se evitar com essa vedação que direitos fundamentais sejam reprimidos.

Como bem salienta Lenio Streck¹⁶:

Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição do retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição.

Portanto, no contexto em análise, o interrogatório judicial do réu como último ato de instrução reforça a autodefesa, reforçando, assim, a ampla defesa, pois o réu já terá ciência de tudo aquilo que for alegado contra ele. Logo, vedar tal reforço no procedimento da Lei de Drogas traduziria um retrocesso social, ofendendo o princípio da vedação ao retrocesso, que é uma garantia constitucional.

Além do mais, o Pleno do Supremo Tribunal Federal¹⁷ já estendeu esse raciocínio para as ações penais de competência originária do próprio Supremo e Superior Tribunal de Justiça, entendendo a insubsistência do art. 7º que prevê o interrogatório como primeiro ato da instrução (Art. 7º- “Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso”¹⁸), exatamente para que seja o último ato de instrução, como se vê:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 706.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3840783>>. Acesso em 15 set. 2015.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. AP 528 – DF. rel. Min. Edson Fachin. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 08/06/2011 - ATA Nº 87/2011. DJE nº 109, divulgado em 07/06/2011).

E nesse mesmo julgamento¹⁹ o Ministro Luiz Fux asseverou que o mesmo entendimento também se aplicaria à Lei n.11.343/06, como se observa: “(...) O Min. Luiz Fux acrescentou que o entendimento poderia ser estendido à Lei 11.343/2006, que também prevê o interrogatório como o primeiro ato do processo”.

Dessa maneira, o Pleno do STF entendeu que nos casos da Lei n. 8.038/90, o interrogatório judicial do réu deverá ser o último ato de instrução, por ser tal prática mais benéfica para a defesa.

No entanto, é possível observar que a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal tem entendido pela aplicação do princípio da especialidade nesses casos. Ou seja, nos procedimentos que elencam o interrogatório judicial do réu como o primeiro ato de instrução, assim deverá prevalecer. E, por isso, o artigo 57 da Lei de Drogas deverá ser preservado.

Verifica-se que, invocar o princípio da especialidade aqui seria impreciso, visto que o artigo 57 da Lei 11.343/06 foi editado no ano de 2006, e nesta época a regra era o interrogatório ser o primeiro ato de instrução. Desse modo, alterando-se o padrão vigente à época, o ideal seria estender essa mudança para os procedimentos que até então reproduziam a sistemática em vigor.

Ao insistir na aplicação do interrogatório como primeiro ato de instrução no procedimento da Lei de Drogas, estar-se-ia consagrando um retrocesso social, violando-se tal princípio.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório: Lei 11.719/2008 e Lei 8.038/90](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório:Lei11.719/2008eLei8.038/90)>. Acesso em 15 set. 2015.

CONCLUSÃO

O interrogatório judicial no processo penal brasileiro, em resumo, garante ao acusado a possibilidade de defender-se a respeito do que lhe está sendo imputado, configurando-se, portanto, um meio de defesa, bem como um meio de prova.

Com a alteração legislativa conferida pela Lei n. 11.719/08 ao artigo 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório judicial do réu no procedimento comum está elencado como sendo o último ato de instrução, ou seja, alterou-se a ordem da instrução criminal, visto que o interrogatório deixou de ser o primeiro ato a ser realizado.

No entanto, essa mudança não se operacionalizou no âmbito das leis especiais penais, mais precisamente na Lei de Drogas, pois o interrogatório continuou a ser o primeiro ato de instrução criminal.

Com isso, observa-se que a alteração produzida pela Lei n. 11.719/08 não assegurou a efetivação do direito a ampla defesa e ao contraditório. E isso porque, o interrogatório judicial do réu sendo elencado como último ato de instrução judicial reforça a autodefesa, no tocante respectivamente a ampla defesa, já que o réu terá conhecimento de tudo o que foi imputado contra ele ao longo da audiência de instrução e julgamento.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em atendimento ao princípio da especialidade, vêm entendendo que o procedimento da Lei de Drogas no tocante ao interrogatório do réu deve continuar a ser observado em detrimento da regra disposta no artigo 400 do Código de Processo Penal.

Todavia, o próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal já entendeu que para as ações penais de competência originária do STF e STJ, o interrogatório judicial deveria ocorrer ao final da instrução, por ser mais benéfico para a defesa.

O estudo, portanto, tem como aspecto relevante abordar a dicotomia existente entre os procedimentos comum e o da Lei de Drogas, tendo em vista que, ao manter o estabelecido na legislação especial, na realidade, estar-se-ia consagrando um retrocesso social, e, conseqüentemente, ofendendo a garantia fundamental da ampla defesa.

Assim, o interrogatório judicial do réu no rito da Lei de Drogas também deve observar o procedimento elencado para o rito comum, qual seja, ser o último ato de instrução, buscando-se com isso o melhor interesse do réu e o respeito as garantias constitucionais que lhe são conferidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 245752- SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33732044&nm_registro=201201223994&data=20140306&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 116713-MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=4057157&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RHC%20/%20116713>>. Acesso em 01 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3840783>>. Acesso em 15 set. 2015.

_____. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 528 - DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório: Lei 11.719/2008 e Lei 8.038/90](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm#Interrogatório:Lei%2011.719/2008%20e%20Lei%208.038/90)>. Acesso em 15 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. *Lei de Drogas: comentários penais e processuais*. 2. ed. rev. ampl. atual. até dezembro de 2013. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.