

Em decisões bem inspiradas, o TJ/RS tem anulado processos criminais, desde o interrogatório judicial, se tal ato foi realizado sem que o acusado tivesse a assistência de advogado. Há tempos esta questão é discutida pela doutrina, havendo autores que reputam dispensável a presença do defensor, e outros que a exigem⁽¹⁾. Tenho como indeclinável a necessidade de presença de advogado, idealmente da livre escolha e da confiança do imputado.

Usualmente invocado para dispensar o advogado, o art. 187 do CPP preceitua que é vedado ao defensor “*intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas ou respostas*”. Esse artigo é objeto de toda a sorte de justas críticas, que partem de seu *reprovável sectarismo* (na letra da lei, a proibição não vincularia o promotor, o que fere a igualdade entre as partes) indo até sua incompatibilidade com moderna concepção de *processo penal justo* (à vista da contraditoriedade que deve banhar todos os atos processuais, e da predominância da percepção de que o interrogatório é meio de defesa — o que não vigorava em 1942, pleno Estado Novo, à época da promulgação do CPP).

Ainda que se desconsiderassem as críticas a ele endereçadas, é importante ver que a vedação do art. 187 do CPP, apesar da locução “de qualquer modo” nele inserta, não pode ser reputada absoluta. O advogado tem o direito inequívoco de impedir que o juiz conduza as perguntas de modo faccioso, privilegiando certas linhas de indagação e omitindo outras, com o intuito, às vezes involuntário, de “forçar” certas declarações do imputado. É perfeitamente possível que o juiz prevaleça-se de sua forte imagem de autoridade para extrair do cidadão declarações que, em outras condições, este não faria.

Em casos extremos, o advogado deve poder intervir em perguntas. Esta é, aliás, a tendência em países estrangeiros. Basta verificar que diversos códigos de processo estrangeiros possuem ampla regulação sobre **métodos proibidos de interrogatório** que, se vierem a ser adotados pelo juiz, podem ser repelidos justamente pelo advogado. Tal regulação não existe no Brasil e, lamentavelmente, sequer é objeto de discussão. O CPP alemão, por exemplo, proíbe uma série de métodos de interrogatório em seu § 136a, que traz rol não taxativo: “*A vontade de decisão e de atividade do acusado não podem ser violadas através de maus tratos, fadiga, ataque corporal, aplicação de meios, tortura, engano, ou hipnose. Pressão somente pode ser aplicada na medida em que o direito processual penal a admite. A ameaça com uma medida processualmente inadmissível, ou a promessa de uma vantagem não prevista em lei são proibidas*” (inc. I);

“*Medidas, que violem a memória ou a capacidade de compreensão, não são permitidas*” (inc. II); “*A proibição dos incisos I e II valem sem consideração para com o consentimento do acusado. Declarações realizadas com violação a essas proibições não podem ser valoradas, ainda que o acusado concorde com a valoração*” (inc. III)⁽²⁾.

Também me parece perfeitamente possível que o advogado intervenha para requerer ao juiz que efetivamente formule as perguntas elencadas no art. 188, CPP. Este artigo preceitua, imperativamente, que o réu “*depois de cientificado da acusação, será perguntado sobre*” inúmeros aspectos da causa. Ou seja, estas perguntas *devem* ser formuladas (não se trata de mera “sugestão” da lei, como pensam alguns autores), sem prejuízo de outras cabíveis, naturalmente. O que não se pode admitir é que o juiz *não* faça as perguntas, obrigatórias, do art. 188, CPP (evidentemente, apenas as que não restem prejudicadas por respostas anteriores). Não pode o juiz apenas perguntar se a acusação é verdadeira e, em seguida à resposta negativa, indagar se o réu tem advogado, e se já foi preso ou processado, encerrando o ato. É evidente que o juiz comanda o ato processual, e deve dar o ensejo a que o réu se manifeste. Muitas vezes, o réu, seja por personalidade, seja por formação, não tem a iniciativa de fazer explanações perante a autoridade, aguardando reverentemente as indagações do juiz. Caso o réu negue a autoria, é de fundamental importância, principalmente, a indagação relativa a que motivos o réu atribui a imputação (cf. art. 188, VI, CPP).

Estas considerações relativizam, a toda a vista, a pretensa intangibilidade da técnica de interrogatório, adotada pelo juiz, e a falácia de que o interrogatório é ato privativo do juiz, outro argumento adorado pelos defensores da dispensabilidade do advogado.

Nosso processo penal é vergonhosamente calcado na busca incessante da confissão do acusado, o que constitui permanência perniciososa do direito canônico. Deve-se abandonar esta perseguição da confissão, que, como bem diz **Nilo Batista**, é companheira milenar da tortura⁽³⁾. Em boa verdade, o interrogatório, judicial ou policial, deve ser sempre facultativo, como já ocorre, quanto ao judicial, na Lei de Imprensa (cf. art. 45, III, Lei nº 5.250/67).

A tenacidade das agências de repressão penal em obter a confissão do acusado constitui a expressão mais simples da incompetência das estratégias investigatórias, seja pelo despreparo dos agentes, seja pelo sucateamento (talvez intencional) da polícia técnica. A proibição de que o cidadão acusado consulte-se com seu defensor antes de responder a uma indagação do juiz (ou seja, a

vedação de que o advogado influa nas respostas) é uma demonstração, de corpo inteiro, da importância dada às declarações do acusado para a formação da carga acusatória no processo criminal. Com o perdão do vulgo, a lei parece querer “*pegar o cidadão no contrapé*” (num momento em que um incômodo advogado estaria proibido de “atrapalhar”), o que, *data venia*, vulnera a eticidade de que deve revestir-se a lei e a atuação de seus agentes, como lembra **Suannes**⁽⁴⁾. Acusado não é testemunha e, por isso, tem o direito de socorrer-se de seu defensor em todos os momentos, inclusive (e até principalmente) no instante em que deve dirigir-se verbalmente ao juiz da causa.

A vedação de que o acusado consulte seu defensor antes de responder a uma pergunta constitui arraigado preconceito, herdado sem questionamentos. Ora, se o interrogatório é, fundamentalmente, meio de defesa, qual é o óbice a que o acusado, durante tal ato, consulte seu advogado acerca da repercussão jurídica de uma certa resposta? A razão oculta na lei desnuda-se com uma clareza de sol mediterrâneo (como dizia **Hungria**): seria dificultada a obtenção de respostas comprometedoras do acusado, e frustrar-se-ia o intento de obter uma confissão, ainda que enviesada, ou um indício de culpabilidade.

Dir-se-á que, se o acusado não souber como seria melhor responder, pode ele usar do direito ao silêncio. Respondo: são raríssimos os casos em que o acusado, confrontado, usa do direito ao silêncio, seja por não saber ou lembrar dele, seja por não acreditar em sua efetividade (a experiência mostra que o silêncio, no subconsciente, ainda é objeto de reprovação⁽⁵⁾); ademais, se o acusado tem o direito ao silêncio, também tem ele o direito a responder ao juiz, não havendo mal algum em que receba aconselhamento para exercitá-lo da melhor maneira.

Pode-se dizer que a circunstância de o réu poder consultar o advogado poderia esvaziar a “importância” do interrogatório. A experiência mostra que o interrogatório só é reputado importante pelo juiz ou pelo MP quando há uma confissão, uma chamada de co-réu, a exposição de uma versão contraditória, ou alguma frase infeliz, da qual se possa extrair indício de culpa de alguém. O interrogatório do réu *nunca* é citado como indício para fundar sua inocência. Ou seja, a “importância” esvaziada seria para a acusação. Embora possa funcionar como fonte de prova (sendo seu teor invocável por qualquer das partes, pelo princípio da comunhão das provas), deve-se ter em mente que interrogatório é ato de defesa, e sua importância tem que ser visualizada sob o prisma defensivo.

A importância da presença do advogado também transparece da inegável prerrogativa conferida a ele de verificar a exatidão das afirmações consignadas no termo de interrogatório. É evidente que uma singela vírgula pode alterar todo o sentido de um depoimento. Enquanto a técnica de documentação de atos processuais for a arcaica redução a termo pelo escrivão a partir de ditado do juiz, é evidente a importância da conferência minuciosa pelo advogado. O acusado, normalmente leigo, pode não ter, seja por timidez, seja por temor, seja por qualquer outro motivo, a força interna necessária para "corrigir" o juiz. Apenas esta circunstância já deveria ser reputada suficiente para impor a presença do advogado.

Há ainda considerações de patamar constitucional. O art. 5º, LXIII, da CF, dispõe: "*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*". Ora, se ao preso é assegurada a assistência de advogado (que deve, portanto, ser garantida já no momento de suas declarações para lavratura do auto de prisão em flagrante), seria ilógico reputar dispensável, em juízo, o advogado, cuja figura é, também pela Carta Magna, considerada "*indispensável à administração da justiça*" (art. 133, CF).

A inegável formalidade do ato processual, aliada ao desamparo do imputado não assistido por advogado, pode produzir distorções iníquas, levando a prevalecer afirmações que não correspondem à vontade de declaração do imputado (e é inequívoco que as declarações do interrogatório devem espelhar fielmente sua versão). A solenidade da sala de audiências (normalmente ornada com mesas mais altas, quase púlpitos, para juiz e promotor), a majestade das vestes (quase divinais, se se verifica que, apesar da laicidade do Estado, bem acima do juiz está dependurado, de regra, o Cristo crucificado) e a empolgação da linguagem ("excelências", "venerandos", "egrégios", etc.) produzem um ambiente sensivelmente hostil para o cidadão acusado, o que cresce exponencialmente se se tratar de pessoa humilde e pobre.

A presença do advogado no interrogatório é irrenunciável. Nem mesmo o acusado pode dispensá-lo, pois, como se sabe, não se pode dispor da existência de defesa técnica. Ou seja, a circunstância de o acusado tê-lo dispensado é de nenhum valor.

A circunstância de o acusado ter tido prévia entrevista com o advogado (outro direito de qualquer cidadão, também diuturnamente solapado) não desobriga a presença do advogado ao próprio ato. Além das intervenções lícitas do advogado, sua mera presença no ato de interrogatório constitui fator de tranquilidade para o cidadão acusado, e indício de legalidade formal do ato, devendo ser garantida pelo juiz cômico dos dramas vividos pelo cidadão sujeitado à degradação de um processo criminal.

E, *last but not least*, outra consideração socioeconômica não pode ser negligenciada. É fácil perceber que a indispensabilidade do advogado se volta a garantir principalmente o direito dos cidadãos mais necessitados, uma vez que são estes que, em regra, assomam desassistidos perante o Estado.

Os tribunais não têm, todavia, aceito a tese da indispensabilidade da presença do advogado ao interrogatório, como revela pesquisa à jurisprudência do STJ, onde deságuam recursos contra os alvissareiros acórdãos do TJ/RS. Espera-se que esta questão, de suma importância, seja objeto de debates mais amplos e menos refratários a câmbios estruturais, que estas breves observações tencionam modestamente fomentar. ●

Notas

- (1) Pela obrigatoriedade, veja-se, por todos, **FREDERICOMARQUES, José**. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Campinas: ed. Bookseller, 1998, item 479, p. 300. Pela facultatividade, **MIRABETE, Julio Fabbrini**. *Processo Penal*, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 280.
- (2) Tradução livre do autor.
- (3) Entrevista de capa, in: *Caros Amigos*, ano VII, nº 77, agosto de 2003, São Paulo: ed. Casa Amarela, p. 33.
- (4) **SUANNES, Adauto**. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, São Paulo: Ed. RT, 1999, *passim*.
- (5) Deve ser consultada, a tal respeito, a brilhante dissertação de mestrado da ms. **Déa Rita Matozinhos**, na UCAM, que ainda pende de publicação.

Christiano Frago

Mestrando e professor de Direito Penal na Universidade Cândido Mendes (UCAM), membro do Conselho Diretivo do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal e advogado

Christiano Frago



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Célso Eduardo Faria Coracini

COORDENADORES ADJUNTOS:
Carlos Alberto Pires Mendes,
Fernanda Emy Matsuda,
Fernanda Velloso Teixeira e
Luis Fernando Silveira Beraldo

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:
Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@mqnet.com.br

IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

"O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas."

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto."

TIRAGEM:
15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA:
IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Sções:
Administrativo Financeiro: ... 2
Comunicação e Eventos: ... 3
Biblioteca: ... 4
Diretoria / Presidência: ... 5
Internet: ... 6
Secretaria: ... 7
Núcleo de Pesquisas: ... 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

CURSO DE EXTENSÃO

O IBCCRIM, a partir do mês de novembro de 2003, realizará Curso de Extensão sobre a **Parte Geral do Direito Penal**, dirigido aos servidores do *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*.

O Instituto também oferece Curso de Extensão sobre a **Parte Especial do Direito Penal** voltado para tribunais, faculdades e entidades de classe.

Mais informações poderão ser obtidas na seção de Comunicação e Eventos, pelo telefone (11) 3105-4607, ramais 144 ou 153, ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br