

O princípio da especialidade e sua limitação pela coerência sistêmica

Luciana Bevilacqua Turra Aleixo Mattos

Especialização em Direito Público. Especialização em Ciências Criminais. Especialização em Direito Penal Econômico. Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Econômicas com formação complementar em Administração e Finanças.

Data de recebimento: 15/09/2021

Data de aceitação: 21/09/2021

RESUMO: Artigo que versa sobre a natureza jurídica do interrogatório judicial, perpassando, necessariamente, pelo momento de sua realização ao longo da instrução probatória. Discute princípios como a ampla defesa, a coerência sistêmica e a especialidade.

PALAVRAS-CHAVE: Interrogatório judicial. Princípio da ampla defesa. Princípio da especialidade.

ENGLISH

TITLE: The Principle of Specialty and its Limitation by Systemic Coherence.

ABSTRACT: Article that deals with the legal nature of the Judicial Interrogation, necessarily passing through the moment of its realization during the evidentiary instruction. It also discusses principles such as due process, systemic coherence, specialty.

KEYWORDS: Judicial Interrogation. Due Process of Law. Specialty Principle.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 2.1 Coerência sistêmica – 2.2 Antinomias no ordenamento jurídico – 2.3 O interrogatório judicial – 2.4 Outras leis processuais penais – 2.5 A posição do Supremo Tribunal Federal no HC n. 162.650/SP, no HC n. 127.900/AM e na AgRg na AP n. 528/DF – 2.6 Jurisprudência divergente – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma análise acerca da natureza jurídica do interrogatório judicial do réu e, conseqüentemente, do momento em que deve ser realizado durante a instrução probatória.

A definição perpassa pelo embate entre os princípios da coerência sistêmica e da especialidade, uma vez que a redação do artigo 400 do Código de Processo Penal foi alterada em 2008 e outras leis especiais, que tratam da mesma matéria, não passaram por modificação do texto.

A questão central, então, está na definição do interrogatório judicial como meio de prova ou meio de defesa, sendo que esta última posição ganha força e acaba sendo traduzida na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal.

O interrogatório judicial do réu como último ato da audiência de instrução e julgamento seria uma manifestação do princípio constitucional da ampla defesa e, por conseguinte, as leis especiais não teriam mais aplicação nesse ponto.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Coerência sistêmica

Coerência sistêmica ou princípio da unidade da ordem jurídica enuncia a ideia de harmonia e não contrariedade que todos os elementos integrantes de um sistema normativo devem apresentar.

A integridade formal e material, sem qualquer contradição, se faz necessária para que a estrutura normativo-jurídica de um Estado não se corroa internamente, ao ponto de ruir.

É nesse sentido que surgem órgãos e instituições de controle – tais como os Tribunais de Contas, as corregedorias e, em última escala, o Supremo Tribunal Federal –, que são munidos de instrumentos como os controles de constitucionalidade, de convencionalidade e de legalidade e os remédios constitucionais, para que o próprio sistema tenha resposta para crises de inconsistência que venham a se apresentar.

A não contradição dos termos é condição *sine qua non* para que o Direito seja traduzido em uma única ordem jurídica estatal, real e efetiva.

Segundo Marcelo Novelino, o Princípio da Unidade é um postulado que impõe ao intérprete o dever de harmonização das tensões e contradições existentes, *in abstracto*, entre as normas. Acrescenta, ainda, que as normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema interno unitário de regras e princípios¹.

Em consonância, Gilmar Mendes e Paulo Branco afirmam que esse princípio da coerência sistêmica concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas, considerando o sistema como um todo unitário².

¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011, p.191.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94.

Partindo para o campo mais filosófico do Direito, Niklas Luhmann, em sua Teoria dos Sistemas, enuncia que, para ser situada a unidade, é preciso haver a diferença, ou seja, o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza a existência de uma diferença. Essa diferença existe justamente entre sistema e meio: a operação se conecta a operações de seu próprio tipo e deixa de fora as demais³.

Nos dizeres de Norberto Bobbio, o Direito encontra sua definição quando se localiza no ordenamento e deve-se considerar o modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução⁴. Assim, abordar o que é uma ordem jurídica seria analisar essa organização e o que se faz a seguir é justamente entender o que ameaça essa coordenação normativa.

2.2 Antinomias no ordenamento jurídico

Antinomias nada mais são que colisões entre elementos – normas, postulados, princípios – do ordenamento jurídico; são contradições indesejadas entre aqueles que devem ser coerentes e harmônicos entre si.

As divergências, as contraposições e os debates são bem vindos e até recomendados na construção do Direito, como fonte de conciliação entre as mais diversas forças que compõem o cenário social de um Estado.

Contudo, uma vez incorporado ao mundo normativo, as normas e os princípios podem conflitar, mas jamais se contradizerem. Em outros termos, a estrutura jurídica suporta sopesamentos, aplicação em maior ou menor grau, mas não a convivência de termos que se excluem mutuamente.

³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.101.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p.19.

Elementos contraditórios implicam a supressão de um deles para que o sistema continue a existir.

Hans Kelsen afirma existir uma antinomia quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela⁵.

Nos dizeres de Flávio Tartuce, a antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto⁶.

Assim, para que fosse solucionado o dilema das antinomias – ou mais comumente chamado conflito de normas –, Norberto Bobbio construiu três metacritérios clássicos, na sua já citada obra, *Teoria do Ordenamento Jurídico*.

Os critérios clássicos são:

- a) Critério cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior;
- b) Critério da especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral;
- c) Critério hierárquico: norma superior prevalece sobre norma inferior.

Sendo que o critério da especialidade é o que realmente ganha destaque no presente estudo.

No âmbito do Direito Processual Penal, poder-se-ia dizer que o Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, é a norma geral. Todas as demais leis que trazem regramentos para o processo penal brasileiro seriam especiais, no sentido de apresentar regras diferenciadas em razão de especificidades que se justificassem.

Um exemplo, a Lei de Drogas, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que descreve rito especial para os crimes nela elencados, justamente pela gravidade e repercussão social e de saúde pública desses crimes.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 228.

⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 37.

Outro exemplo é o Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969, com regras por vezes diferenciadas do Código de Processo Penal comum, porque há um elemento especializante, qual seja: a prevalência dos princípios da hierarquia e disciplina no meio militar.

Tudo isso para dizer que, uma norma especial prevalece sobre a norma geral, desde que não a contrarie. Ponto este que traduz o cerne da controvérsia entre a alteração operada no art. 400 do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008, e a redação de legislações extravagantes que tratam do momento do interrogatório judicial do réu.

2.3 O interrogatório judicial

O interrogatório judicial é o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre a sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita⁷.

Motivo este que leva a concluir ser o interrogatório dividido em duas fases: questionamentos sobre a sua pessoa (ou pregressamento) e questionamentos sobre a imputação. Conforme traz o artigo 187 do Código de Processo Penal:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§2º Na segunda parte será perguntado sobre: (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 644.

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

IV - as provas já apuradas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Se controvérsia não há quanto à definição e à divisão do interrogatório judicial em dois momentos, o mesmo não pode ser afirmado em relação à sua natureza jurídica.

Existem, basicamente, três correntes:

- a) Interrogatório judicial é meio de prova: posição corroborada por sua localização topográfica no capítulo sobre provas do Código de Processo Penal;
- b) Interrogatório judicial é meio de defesa: posição que ganhou força após a alteração da redação do artigo 400 do Código de Processo Penal, em 2008, deslocando o interrogatório para o final da audiência de instrução e julgamento;
- c) Interrogatório judicial é meio de prova e meio de defesa: está elencado como meio de prova, mas é também meio de defesa, mediante o qual o acusado fornece ao magistrado sua versão dos fatos.

Tal definição, embora possa parecer a princípio que se localiza apenas no plano teórico, é de suma importância para a solução do dilema que se coloca a seguir, pois, a fixação da natureza jurídica do instituto do interrogatório judicial é capaz de dizer o momento correto para sua realização na instrução processual penal.

Antes de 2008, o interrogatório judicial era o primeiro ato da instrução criminal, reforçando a compreensão de sua natureza jurídica como meio de prova. Isso segundo a antiga redação do artigo 394 do Código de Processo Penal:

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. (redação anterior à Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008)

Ocorre que, com o advento da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, o interrogatório judicial passou a ser o último ato da instrução probatória, concedendo prevalência para a corrente defensora da natureza jurídica como meio de defesa, como destaca o artigo 400 do Código de Processo Penal:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Embora a tendência seja compor o cenário e optar pela natureza jurídica mista, a opção do legislador e o arcabouço principiológico do Direito Penal indicam que realmente o melhor é compreender o interrogatório judicial como meio de defesa do réu.

2.4 Outras leis processuais penais

Após 2008, como destacado, o interrogatório judicial passou a ser o último ato da audiência de instrução e julgamento, sendo disposto no artigo 400 o Código de Processo Penal aplicado ao procedimento comum criminal e ao procedimento do Tribunal do Júri.

Entretanto, há legislação processual penal prevendo ritos especiais, determinando o interrogatório judicial ainda no início da instrução probatória, quais sejam: o artigo 57 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas); o artigo 302 do Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar); e o artigo 7º da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990 (Procedimentos originários dos Tribunais).

Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006, 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.

Decreto-Lei n. 1.002 de 21 de outubro de 1969, Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou prêso, antes de ouvidas as testemunhas.

Lei 8.038 de 28 de maio de 1990, 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.

Diante disso surgiu a questão sobre a aplicação ou não do princípio da especialidade ao caso em tela.

Se as leis especiais contivessem um motivo justificável para a diferenciação do momento processual do interrogatório judicial, poder-se-ia aventar a aplicação do mencionado princípio; uma vez que tratamentos diversos requerem elementos especializantes.

Todavia, mesmo que houvesse razão, como a opção do ordenamento jurídico brasileiro, após a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, foi por entender o interrogatório judicial como um meio de defesa do réu, realizá-lo em momento diverso nos ritos especiais seria igual a descaracterizar o instituto.

Todo esse raciocínio parece lógico e indica no caminho da prevalência da coerência sistêmica sobre o princípio da especialidade, porque os institutos jurídicos devem manter sua natureza jurídica em todos os ramos do direito e em todos os processos e procedimentos que sejam aplicados, mas houve um lapso até que se concluísse o ora descrito.

A reação primeira foi optar pela aplicação do princípio da especialidade, até que se chegou ao desfecho contrário; tendo em conta a interpretação sistemática do Direito, há incompatibilidade manifesta e insuperável entre o artigo 400 do Código de Processo Penal e as demais leis especiais⁸.

2.5 A posição do Supremo Tribunal Federal no HC n. 162.650/SP, no HC n. 127.900/AM e na AgRg na AP n. 528/DF

A Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, representou fonte de controvérsia em relação ao momento em que o interrogatório judicial deveria ser realizado nos procedimentos especiais que não sofreram alteração textual – a dúvida se concentrava na definição entre a aplicação da norma geral (artigo 400 do Código de Processo Penal) ou da norma especial (outras leis processuais penais).

No entanto, atualmente, posicionamentos do Supremo Tribunal Federal foram capazes de pacificar a celeuma, entendendo que a mudança operada no ano de 2008 não possui caráter de lei ordinária, mas sim,

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 647.

verdadeiro *status* constitucional, ao concretizar o princípio da ampla defesa na nova redação do artigo 400 do Código de Processo Penal.

O princípio constitucional da ampla defesa afasta a regra hermenêutica que preceitua a prevalência da regra especial sobre a regra geral, fazendo com que a ideia de unidade do sistema jurídico requeira a leitura do interrogatório como último ato da instrução probatória penal.

Constituição Federal, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - 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;

No tocante ao artigo 57 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), se restava algum questionamento acerca da aplicação do princípio da especialidade ao caso, isso ficou afastado com a decisão aviada no *Habeas Corpus* n. 162.650/SP, em 21 de novembro de 2019, envolvendo um condenado por tráfico de drogas.

O ministro Celso de Mello, concedendo o citado *Habeas Corpus*, determinou a realização de uma nova audiência de instrução e julgamento, com a efetivação do interrogatório judicial como último ato da instrução processual penal⁹.

EMENTA: Interrogatório judicial. Natureza jurídica (meio de defesa). Ato que confere essência à garantia do contraditório. Efetivação do interrogatório como último ato da instrução processual penal (CPP, art. 400). Aplicabilidade dessa regra legal aos procedimentos penais em geral, inclusive àqueles disciplinados por legislação especial, como a Lei de Drogas. Inversão do momento de realização do interrogatório judicial, efetuado logo no início do processo penal de conhecimento. Inadmissibilidade. Nulidade processual absoluta. Prejuízo presumido. Função jurídica das formas processuais. Meio de

⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=430484>. Acesso em: 09 abr. 2021.

preservação do “status libertatis” do acusado. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu. Nulidade processual reconhecida no caso. “Habeas corpus” deferido. (...) – O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova quanto ao fato constitutivo do pedido, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. – O processo penal constitui instrumento de salvaguarda e de preservação da liberdade jurídica daquele contra quem se instaurou a persecução criminal, cuja prática somente se legitima – considerado o princípio da liberdade – dentro de um círculo intransponível e predeterminado que delimita os poderes do Estado e que traduz emanação direta do próprio texto da Constituição da República. Doutrina. Precedentes. (STF, HC 162.650/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Data da publicação: DJ 21/11/2019). (*grifamos*)¹⁰

Quanto ao artigo 302 do Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu, no *Habeas Corpus* n. 127.900/AM, que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório judicial do réu ao final da instrução criminal.

Contudo, considerando o princípio da segurança jurídica, os Ministros fixaram a orientação no sentido de que, somente a partir da publicação da ata do mencionado julgamento, a regra do artigo 400 do Código de Processo Penal seria aplicável às instruções penais militares¹¹.

¹⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC162.650SPdecisa771o.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

¹¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=311303>. Acesso em: 09 abr. 2021.

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei n. 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei n. 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (STF, HC 127.900/AM, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Data da publicação: DJ 11/03/2016). (*grifamos*)¹²

Por último, no que tange ao artigo 7º da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990 (Procedimentos originários dos Tribunais), por unanimidade de votos, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram aplicar nova regra do artigo 400 do Código de Processo Penal, negando provimento a um recurso (agravo regimental) interposto pelo Ministério Público Federal na Ação Penal 528¹³.

PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO PENAL. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ÚLTIMO ATO INSTRUTÓRIO. INCIDÊNCIA DO ART. 400 DO CPP EM DETRIMENTO DO ART. 7º DA LEI 8.038/1990. Q

¹² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310049352&ext=.pdf>
Acesso em: 09 abr. 2021.

¹³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175275>.
Acesso em: 09 abr. 2021.

Plenário desta Suprema Corte, em homenagem aos princípios da ampla defesa e contraditório, firmou entendimento no sentido de que, mesmo nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal, o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução processual. (STF, AgRg na AP 528/DF, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data da publicação: DJ 08/06/2011). (*grifamos*)¹⁴

Por tudo, afasta-se o princípio da especialidade, em nome da coerência sistêmica, aqui representada pelo princípio constitucional da ampla defesa, entendendo que o interrogatório judicial é meio de defesa e, portanto, encontra seu momento processual ao final da instrução probatória criminal, independentemente do rito ou da lei aplicável ao caso concreto.

2.6 Jurisprudência divergente

Apesar da adoção da natureza jurídica do interrogatório judicial como meio de defesa do réu ser praticamente pacífica, há, ainda, doutrina minoritária defendendo se tratar de meio de prova.

Parte destes, inclusive, permanece na defesa da aplicação do texto literal das leis extravagantes para os ritos especiais, com fulcro no princípio da especialidade.

Todavia, a coerência sistêmica e a primazia da Constituição Federal, além da já pacificada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impedem a atribuição de maior relevância a esse posicionamento.

Porém, nesse momento, a título de enriquecimento do debate e para demonstrar que, por vezes, esse assunto ainda levanta debates, decisões divergentes são aqui acostadas. Destacando-se a posição da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que trata a inversão do momento do interrogatório judicial como nulidade relativa, reclamando a demonstração do prejuízo por parte do acusado.

¹⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872>. Acesso em: 09 abr. 2021.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS ORIGINARIAMENTE SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. MOMENTO PROCESSUAL DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. LEI DE DROGAS. RITO PRÓPRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A alteração promovida pela lei 11.719/08 não alcança os crimes descritos na lei 11.343/06, em razão da existência de rito próprio normatizado neste diploma legislativo. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições do Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas. Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator(a): min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/8/14; HC 122229, Relator(a): min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/5/14. 3. In casu, a realização de interrogatório no início da instrução processual não enseja constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, notadamente quando ainda pendente de análise impetração na instância a quo. 4. Verifica-se a existência de óbice processual, porquanto o habeas corpus impetrado perante o Tribunal a quo foi manejado em substituição a recurso cabível. 5. Agravo regimental desprovido. (STF, RHC 129.952 AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, Data da publicação: DJ 13/06/2017). (*grifamos*)¹⁵

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO LIMINAR DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. MOMENTO PROCESSUAL DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. LEI DE DROGAS. RITO PRÓPRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento segundo o qual não é cabível habeas corpus contra decisão que indefere medida cautelar no bojo de idêntico remédio constitucional na instância inferior, ex vi do enunciado n. 691 da Súmula do STF: “[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” 2. A alteração promovida pela Lei n. 11.719/2008 não alcança os crimes descritos na Lei 11.343/2006, em razão da existência de rito próprio normatizado neste diploma legislativo. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições

¹⁵Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310876452&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

do Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas. Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014; HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014. 4. In casu, a realização de interrogatório no início da instrução processual não enseja constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, notadamente quando ainda pendente de análise impetração na instância a quo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, HC 125.094/MG, Relator Ministro LUIZ FUX, Data da publicação: DJ 10/02/2015). (grifamos)¹⁶

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. ACESSO A DADOS DO CELULAR DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL PRÉVIO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. EXCEPCIONALIDADE. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FONTES INDEPENDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA PELA SENTENÇA SUPERVENIENTE. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 8. Não bastasse isso, como é cediço, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o reconhecimento de eventual nulidade, relativa ou absoluta, exige a comprovação de efetivo prejuízo, vigorando o princípio pas de nullité sans grief, previsto no art. 563, do CPP. Na espécie, a defesa não logrou demonstrar prejuízo em razão do alegado vício, visto que a condenação se sustenta por outros meios de prova constantes dos presentes autos. (...) 11. No que tange à pretensão de reconhecimento da nulidade da instrução processual, desde o interrogatório, por suposta violação do art. 400, do CPP, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para se reconhecer

¹⁶Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7915301>. Acesso em: 10 abr. 2021.

nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão" (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, julgado em 11/9/2018, DJe 20/9/2018), o que não ocorreu na hipótese dos autos. 12. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 1.573.424, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Data da publicação: DJe 15/09/2020). (*grifamos*)¹⁷

HABEAS CORPUS – Crime militar – Paciente que almeja que seu interrogatório seja o último ato da instrução do processo – Inadmissibilidade – Norma penal comum que é inaplicável quando existe previsão legal específica, em observância ao princípio da especialidade – Vedação, ademais, de criação de ordenamento híbrido, mesmo sob a alegação de ser mais benéfico ao réu – Inteligência dos arts. 400 do CPP, 302 do CPPM e Súmula 15 do STM. (STM, HC 93-48.2015.7.00.000/PE, Relator Ministro ÁLVARO LUIZ PINTO, Data da publicação: DJe 26/06/2015). (*grifamos*)¹⁸

Destaque apenas para o fato de que, apesar do último precedente falar em inaplicabilidade do artigo 400 do Código de Processo Penal à seara do Direito Militar, o cancelamento da Súmula 15 do Superior Tribunal Militar, indica que o princípio da ampla defesa suplantou a anterior opção pela aplicação do princípio da especialidade.

3 CONCLUSÃO

A partir da análise construída é crível perceber que se trata de um problema de definição de natureza jurídica e de harmonização de princípios.

Se no primeiro momento a tentativa é optar por metacritérios de resolução das antinomias, fazendo crer que a norma especial prevalecerá

¹⁷Disponível em: <https://gemam.tjmt.jus.br/arquivo/9f9374fc-985a-4e02-98c1-c68a7b134795/stj-acorda-o-acessar-celular-que-acusado-nega-propriedade-prova-licita-1-pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁸Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.36.PDF. Acesso em: 10 abr. 2021.

sobre a norma geral, em seguida, mesmo que não imediatamente, passa-se a vislumbrar que não há elemento especializante capaz de justificar o tratamento desigual entre o interrogatório do processo penal comum e aquele das leis especiais.

Ao contrário, a alteração operada no artigo 400 do Código de Processo Penal foi uma guinada na compreensão da natureza jurídica do instituto e, por consequência, deve ser observada e refletida em todo o ordenamento jurídico, ainda que o texto expresso de algumas leis não tenha passado por modificação.

Seguir esse caminho é respeitar a coerência sistêmica e afirmar que o processo penal é um meio de se garantir a aplicação da justiça, sem pender para o arbítrio, sempre tendo em mente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Código de Processo Penal*, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 1.002, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. *Código de Processo Penal Militar*, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.