

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

MAYKE TIBES DE PAULA LOURENÇO

**DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL:
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU
NA LEI DE DROGAS**

SÃO MATEUS

2019

MAYKE TIBES DE PAULA LOURENÇO

**DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL:
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU
NA LEI DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Samuel Davi Garcia
Mendonça

SÃO MATEUS

2019

MAYKE TIBES DE PAULA LOURENÇO

**DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL:
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU
NA LEI DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de ____

BANCA EXAMINADORA

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

São Mateus-ES

2019

A Deus que sempre me guiou por essa jornada. A minha família, meu porto seguro.

RESUMO

O trabalho em tela, se debruça sobre a inconstitucionalidade do interrogatório do réu no procedimento especial da lei de drogas previsto no art.57, da Lei nº11.343/06, em detrimento do disposto no art.400 do Código de Processo Penal, ainda que tal ato seja justificado, por diversos aplicadores do direito, pelo princípio da especialidade, este deve ser suprimido, sem prejuízo, considerando outros princípios constitucionais de maior valor, derivados do princípio do devido processo legal (art.5º, LIV, CF/88), sendo o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88). A interpretação da norma, bem como sua aplicabilidade, deve ser feita conforme a constituição, bem como preconiza a nova corrente de entendimento no Brasil, o Neoconstitucionalismo, uma vez que os princípios devem ser utilizados com máxima efetividade e aplicabilidade no ordenamento jurídico, buscando um fim mais justo, que nesse caso é ressaltar o direito do acusado com sua ampla defesa, para não ocorrência do cerceamento da mesma.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade; Neoconstitucionalismo; Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The work in question deals with the unconstitutionality of the defendant's interrogation in the special drug law procedure provided for in art.57 of Law No. 11.343 / 06, to the detriment of the provisions of art.400 of the Criminal Procedure Code, still If such an act is justified by various law enforcers by the principle of specialty, it should be deleted, without prejudice to other higher constitutional principles derived from the principle of due process of law (art. 5, LIV, CF / 88), being the contradictory and broad defense (art. 5, LV, CF / 88). The interpretation of the norm, as well as its applicability, must be made according to the constitution, as well as the new current of understanding in Brazil, the Neoconstitutionalism, since the principles must be used with maximum effectiveness and applicability in the legal order, seeking a fairer end, that in this case is to undermine the right of the accused with his broad defense, not to occur the curtailment thereof.

Keywords: Unconstitutionality. Neoconstitutionalism. Due process of law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	12
2.1 O ESTADO SOB ENFOQUE DA JURISDIÇÃO E PROCESSO	12
2.1.1 Princípios e Regras e a Inconstitucionalidade	14
2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO	16
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITOS, DIMENSÕES E CARACTERÍSTICAS.....	23
2.3.1 Direitos Fundamentais de 1º Dimensão	24
2.3.2 Direitos Fundamentais de 2º Dimensão	25
2.3.3 Direitos Fundamentais de 3º Dimensão	26
2.3.4 Direitos Fundamentais de 4ª Dimensão.....	27
2.3.5 Direitos Fundamentais de 5ª Dimensão.....	27
2.3.6 Características dos Direitos Fundamentais	27
2.4 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	28
2.5 O CONTRADITÓRIO.....	31
2.5.1 A Ampla Defesa.....	32
3. PROCESSO E PROCEDIMENTO: MOMENTO DO INTERROGATÓRIO.....	36
3.1 CONCEITO E NATUREZA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU	36
3.1.1 Natureza Jurídica.....	36
3.2 A AUDIÊNCIA NO PROCEDIMENTO COMUM.....	38
3.3 O PROCEDIMENTO NO ÂMBITO DO TRIBUNAIS SUPERIORES.....	39
3.4 O PROCEDIMENTO NOS CRIMES MILITARES	40
3.5 O PROCEDIMENTO NA LEI DE DROGAS	41
4. O MOMENTO DO INTERROGATÓRIO NA LEI DE DROGAS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE.....	44
4.1 O MOMENTO IDEAL DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO PROCESSO DIANTE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA	44

4.2 O MOMENTO IDEAL DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, representa o maior mandamento legal, assim, qualquer outra norma tem que estar adequada à Suprema Carta Magna, bem como ser interpretada pelos princípios da mesma.

O movimento contemporâneo, que defende a interpretação de todo dispositivo legal em face da constituição e seus princípios, é o denominado Neoconstitucionalismo, termo utilizado primeiramente por Susanna Pazzolo em 1990.

Destarte, a adoção de tal corrente contribui para a justiça e ainda inibe os excessos desta, visto que no ordenamento jurídico há leis que possam estar em desconformidade com a Constituição, devendo os magistrados, íntimos julgadores, fazerem o juízo de valor, ponderando o que é correto, fazendo o uso da hermenêutica para aplicar o justo concreto.

A cerne da questão presente neste trabalho, encontra-se na (in) constitucionalidade do art. 57, da Lei 11.343/06, hodiernamente conhecida como Lei de Drogas, considerando a regra do ato processual do interrogatório do acusado ser antes da instrução criminal, diferentemente do disposto no art. 400, do Código de Processo Penal, que preconiza o interrogatório do réu ao final da instrução (AZEVEDO, 2016).

Precipuamente cumpre ressaltar, que um dos princípios mais importantes no Direito Processual Penal, é o do Devido Processo Legal, gênero dos subprincípios da ampla defesa e contraditório.

O art. 400, do CPP, norma de caráter geral, advento da lei 11.719/08, foi recepcionado pela Constituição, diferentemente do art. 57, da Lei de Drogas, que não promoveu e assegurou ao acusado o direito a um processo equânime, sendo tratado como meio de prova, e não indivíduo de direito. Não obstante, é utilizado ainda, segundo o princípio da especialidade, que significa que uma norma especial afasta norma geral (NASSIF, 2009).

A questão já foi alvo de estudo, originando em um artigo publicado na Revista Brasileira de Direito RBDpro nº 78 de 2012, por Alcenir Jose Demo e Carlos Henrique Bezerra Leite, denominado “O Momento do Interrogatório do Réu na Lei de Tóxicos Sob a Perspectiva da Garantia Fundamental da Ampla Defesa”, em que também defenderam a aplicabilidade do art. 400, em respeito ao princípio da ampla defesa e conseqüentemente no princípio da dignidade da pessoa humana (DEMO, 2012).

Cumpra ainda ressaltar, que há posicionamento tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Supremo Tribunal de Justiça, no que tange ao interrogatório do réu, devendo ser feito após da instrução, diferentemente do disposto na lei de drogas e em qualquer procedimento especial. No entanto, nenhum dos entendimentos deram origem à sumulas, e tão pouco foi declarada a inconstitucionalidade da norma, o que originou em uma insegurança jurídica, tendo em vista a quantidade de recursos interpostos, devido a diversidade de decisões por juízes de primeira e segunda instância, em que alguns aderiram o posicionamento do STF e STJ, e outros justificaram suas decisões devido o atendimento ao critério da especialidade da norma.

O estudo em apreço, procedeu-se com a hermenêutica da lei, em conformidade com os ditames da Constituição Federal, uma vez adotada a corrente do Neoconstitucionalismo, que seguindo a máxima efetividade dos princípios constitucionais, foi possível enxergar a inconstitucionalidade do ato processual do interrogatório do réu quando realizado antes da instrução criminal no procedimento da Lei nº 11.343/06.

O tema já foi tratado pelo STJ (Supremo Tribunal de Justiça) e STF (Supremo Tribunal Federal), que fixaram entendimento a favor do interrogatório do acusado, ao final da instrução, no entanto, não declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal, e não editou sumula vinculante, fazendo com que decisões nos juízos de primeiro grau e certos tribunais ainda pudessem decidir de acordo com a interpretação do critério da especialidade, em prejuízo do princípio do devido processo legal, e, ainda, ocasionando em uma forte insegurança jurídica.

O presente trabalho, trará os fundamentos de fato e de direito, para o esclarecimento da inconstitucionalidade do art. 57, da Lei nº 11.343/06, expondo situações que evidenciam a necessidade de uma solução pelos tribunais superiores, devendo ser a declaração de inconstitucionalidade do artigo, ou, subsidiariamente, a criação de uma súmula vinculante, para uniformizar decisões ou decidir a aplicabilidade do art. 400, do Código de Processo Penal, no referido procedimento especial. Desta forma a problemática deste trabalho constitui na seguinte pergunta: É constitucional o interrogatório do réu antes da instrução criminal à luz dos princípios constitucionais?

Destarte, edição súmula vinculante, uniformizando a jurisprudência em conformidade com o STJ e STF bem como a declaração de inconstitucionalidade do

art. 57, da lei nº 11.343/06 busca um fim mais justo ao respectivo procedimento especial.

O objetivo geral desta pesquisa é expor a necessidade da aplicabilidade do art. 400, do CPP, no lugar do art. 57, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista ser mais coerente com os valores constitucionais. E para que este fosse alcançado foi necessário apresentar o Neoconstitucionalismo como melhor forma de interpretar a norma constitucional à luz da hermenêutica contemporânea, identificar os princípios que levam a inconstitucionalidade do art. 57, da Lei de Drogas, e, por fim, discorrer sobre a jurisprudência do STJ e STF no que tange ao interrogatório do réu.

2 DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 O ESTADO SOB ENFOQUE DA JURISDIÇÃO E PROCESSO

A sociedade – do Latim *societas* – que significa associação amistosa, formada por um conjunto de seres em colaboração mutua, é organizada devido a intervenção do Estado, visto que o homem, dotado de natureza única e interesses intersubjetivos, sem a mão invisível daquele, traria a desordem para o meio social. Deveras, o Estado, que deve ser sempre imparcial em suas decisões, foi criado para manter a ordem pública e a paz social, conforme, Demo e Leite (2012, p.201), o Estado cria a “nação jurídica e politicamente organizada”.

O Estado, para manter a ordem, com o enfoque no Direito e por conseguinte na jurisdição, evitando a aplicabilidade da Lei de Talião, hodiernamente conhecida como “olho por olho, dente por dente”, na condição de suas atribuições, aplica o direito objetivo e o direito subjetivo, aquele sendo o conjunto de previsões gerais, na condição de normas e regras de um Estado, e este último definido como as prerrogativas dos sujeitos no ordenamento jurídico, ou seja, a faculdade do sujeito lesado por outro indivíduo de invocar e provocar a tutela do Estado, compondo uma lide, que na concepção mais clássica, segundo Carnelutti (2009), seria o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

A jurisdição, termo derivado do latim – *juris* (direito) e *dicere* (dizer) - está intimamente ligada com o direito constitucional, visto que os princípios e regras estão elencados na Carta Maior. Desta forma, forçoso reconhecer, como desdobramento de tais ideias, estão conexas o *processo*, a *ação* e a *defesa*.

A jurisdição é uma *função* estatal, sendo privativo de qualquer Estado soberano, considerando o poder e atividade. O poder é inerente a capacidade de dizer o direito, não havendo margem para discussões controversas de suas decisões e ordens; estas últimas características grafadas também são próprias das atividades do Estado, que atua através das normas criadas pelo legislador e de atos do Juiz em determinado processo, aplicando o direito certo, conforme leciona Demo e Leite (2012).

Verossímil, que a aplicabilidade das normas, segundo a jurisdição que obedece a ordem constitucional, quando aplicada no devido processo legal, considerando a

ação e a defesa, deve seguir os princípios e regras insertos na Carta Magna, considerando o mais importante sob o qual foi fundado todo ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º). Kant, citado por Nelson Rosenvald, pontifica:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez de qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 1986, p. 77, grifos originais).

Outrossim, ainda segundo os ensinamentos de Kant, a dignidade é intangível, sendo o Estado obrigado, através de seus poderes estatais, à respeitá-la e protegê-la.

Os órgãos jurisdicionais, mais precisamente, os diversos juízes e tribunais, que aplicam o direito certo, impar, ora existente no ordenamento, são dotados da função jurisdicional, conforme delineado por Dantas (2018).

O processo, consequência da tutela, ao provocar o Estado, após o exercício do direito de ação (CF, art. 5º, inc. XXXI), se desdobra em um conjunto de atos jurídicos, atendendo o critério de conhecimento, para avaliar a pretensão, onde se discute o direito, até a fase de resolução do mérito. Deste modo, atendendo a dois aspectos, quais sejam, o *aspecto objetivo* e *aspecto subjetivo*, o primeiro voltado no processo e o segundo na relação das partes respectivamente, entre autor, réu e juiz, conforme leciona, Dantas (2018).

O direito de ação, não é o único elencado na Carta Maior, visto que seria uma ofensa ao justo, e geraria uma forte insegurança jurídica no ordenamento, havendo também, de forma lúdica, o direito de defesa como garantia constitucional, constituindo assim a exigência do devido processo legal. Na lição de Dantas, *in verbis*:

Postas assim, ação e defesa têm muito em comum e são poderes que se situam rigorosamente no mesmo plano, considerada a essencial igualdade das partes no processo. No mesmo nível constitucional em que está a garantia da ação (Const., art. 5º, inc. XXXI), estão também outras garantias que, destinando-se a todos os sujeitos processuais, têm o efeito de dar pesos equivalentes à ação e a defesa (isonomia das partes, contraditório, ampla defesa: v. esp. art. 5º, inc. LV). A ação e a defesa, tanto quanto a jurisdição, exercem-se no processo e a oferta de oportunidades equilibradas para o exercício de ambas constitui exigência do devido processo legal, preordenada à produção da tutela jurisdicional a quem efetivamente tiver razão (*processo justo e equo*) (DINAMARCO, 2017, p. 444)

2.1.1 Princípios e Regras e a Inconstitucionalidade

Em todo ordenamento jurídico, basto de normas, há a incidência de regras e princípios constitucionais, sem os quais, em tese, não haveria validade. Imperioso destacar, que tais institutos também possuem força normativa, visto que quando há ausência de normas expressas, serão aplicadas ao caso concreto, conforme o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*; “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Canotilho, citado por Pedro Lenza (2016), refere-se ao sistema jurídico como “um sistema normativo aberto de regras e princípios”. Com efeito, segundo Lenza, explicando a definição no autor supramencionado:

Sistema Jurídico: porque é um sistema dinâmico de normas; Sistema Aberto; porque tem uma estrutura dialógica (Caliess) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; Sistema Normativo: porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de normas; Sistema de Regras e de Princípios: pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. (CANOTILHO, 2000, p. 1123).

Deste modo, ambas são referenciais para o interprete, não havendo hierarquia entre estas, conquanto não se confundem, muito embora se complementam. Assim, de acordo com a doutrina *substancialista*, citada por Paulo R. F. Dantas, os princípios são caracterizados pela otimização e flexibilização, enquanto que as regras são caracterizadas pela ausência destas.

Robert Alexy, autor da definição dos princípios como sendo *mandamentos de otimização*, e Ronald Dworkin, autor do conceito de flexibilização, são os precursores para o surgimento da doutrina que reconheceu o neoconstitucionalismo. O primeiro dispõe que os princípios devem ser observados e aplicados ao máximo, ao caso concreto, enquanto o outro conceito de caráter flexível, é levado em consideração levando em conta o peso, o que permite uma modulação maior da interpretação (DANTAS, 2018).

Outrossim, os princípios são normas com um elevado grau de abstração, levando em conta um caráter geral de aplicação, diferentemente das regras que possuem um grau reduzido.

Ávila (2014), preconiza que um sistema com a ausência de quaisquer dessas características, levaria a um sistema extremamente rígido ou extremamente flexível.

A título de exemplo, com relação as regras, sob a égide cronológica do instituto, têm-se que a norma posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat priori*), e atendendo ao critério da especialidade, a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*), prevalecendo respectivamente uma sobre a outra.

No que se refere aos princípios, a exemplo, quando um entrar em conflito com outro, diferentemente do caráter lógico das regras, em que a doutrina classifica como tudo ou nada, derogando uma ou outra; haverá a supressão de determinado princípio dependendo do caso concreto, devendo o magistrado julgar qual deverá ser aplicado; a título de exemplo, o princípio da liberdade de comunicação, previsto no art. 5º, inciso IX, e o princípio da inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, previsto no inciso X, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1990).

Ante as informações contidas no que tange as regras, em que pese a obediência, e o caráter moralmente bom, e os efeitos supervenientes de seus cumprimentos, quais sejam, a segurança, paz e igualdade, a ideia parece ter sofrido uma mutação jurídica, visto a doutrina e jurisprudência contemporânea estarem aplicando as regras de forma moderada, conforme Barroso, citado por Lenza:

Já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente, ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar.... (LENZA, p. 168, 2016).

A aplicabilidade das regras ao caso concreto, pode ser derogada quando impedir o exercício de determinado direito, em determinado caso concreto. A Derrotabilidade (Defeasibility), atribuída a Herbert Hart, redefinida por Ávila como superabilidade, significa a superação da regra, conforme o caso concreto. (LENZA, 2016).

A superabilidade, não se confunde com a inconstitucionalidade de uma norma, pois muito embora esta última esteja de acordo com a regra, quando se contrapõe à princípios, não é coerente a validade e aplicabilidade desta ao ordenamento jurídico.

Com efeito, não se declara a derrotabilidade de uma norma quando ela afronta princípios fundamentais no ordenamento jurídico, pois neste caso não há o caráter individual baseado em condição objetiva estabelecida pela norma; no presente caso supramencionado, se declara a inconstitucionalidade, devido a norma ser de caráter geral, ferindo não apenas um indivíduo, mas toda coletividade.

Neste diapasão, quando houver conflito, entre princípios e regras, deverá ocorrer o afastamento dessas em detrimento daqueles, devido a observância dos valores e pesos. Nas palavras de Marcelo Novelino (2018), a ponderação deve ser feita entre os princípios que fornecem razões favoráveis e contrárias à aplicação da regra, evitando prejuízos, naquele caso concreto.

Imperioso reafirmar, que a superabilidade de uma regra, jamais deve ser utilizada reiteradamente quando a norma por si for inconstitucional, pois a característica desta, sob a perspectiva de Dworkin, o tudo ou nada, deve ser superado em determinado caso concreto, quando o legislador não poderia prever este, mas quando a norma nasce de forma legítima e aplicada segundo as regras fundamentais à toda sociedade, em desconformidade com os princípios basilares da ordem jurídica, esta encontra-se eivada de vício, pois aqui não há o critério subjetivo de um caso concreto, mas objetivo, em que todas situações serão tratadas de forma igualitária.

2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O prefixo, que indica novo ou atualizado, refere-se a uma nova interpretação/aplicação do direito em todas as áreas do direito, seja no direito constitucional, no direito civil, no direito administrativo, no direito penal, entre outros. Superado essa definição dicotômica, utilizada simplesmente para maior aprendizado na vida acadêmica, considerando que direito, nas palavras de Lenza (2016, p. 61), “é uno e indivisível, indecomponível”, é necessário pontuar que o Neoconstitucionalismo adota um sistema misto, no que tange a interpretação, formal e material, visto que o direito está vinculado a valores morais presentes na constituição, através de seus princípios, implicitamente previstos e presentes nos direitos fundamentais, os quais são a base interpretativa do direito, direcionando o que deve ser feito e como será executado.

O sistema judiciário, incrementador do novo panorama, considerando também o período pós-positivista, sustenta o caráter normativo máximo da constituição, Marinoni:

Assim, por força do neoconstitucionalismo, que exige a compreensão crítica da lei em face da constituição, a tarefa do jurista é de construção, “conformação da lei”, e não mais de simples revelação, como ocorria no passado. (MARINONI, 2012, p. 43).

O Direito se difere da lei, o mandamento jurídico sem a adoção de princípios não é legítimo, pois não há justiça, apenas supressão de direitos justificados por meras normas escritas. O positivismo jurídico, sistema anticientífico uma vez adotado ao final do sec. XIX, justificou as barbáries das ideologias nazistas e fascistas na Alemanha e Itália respectivamente, quando equipararam o Direito à lei, nas palavras de Lenza (2016, p. 74), “promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. ”

Ao final da segunda guerra mundial, os valores éticos e filosóficos da justiça voltaram ao Direito, iniciando-se assim, um novo movimento jurídico, o pós-positivismo, sendo este uma intermediação entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, sendo este o direito natural, que não depende na vontade humana, visto que o ser humano já nasce dotado com esses valores, e aquele utiliza o caráter empírico (científico) para aplicar ao direito positivo (leis), evitando a aplicação do caráter metafísico.

Ante a breve revisão dos sistemas adotados, retomando o foco do atual sistema mais adotado pela doutrina e profissionais da prática forense, o neoconstitucionalismo busca a eficácia máxima da constituição, deixando de ser um mero livro teórico e passando a ser um meio para um fim justo, considerando os princípios ali insertos, entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana, indicado por inúmeros doutrinadores como princípio ímpar, presente em qualquer ramo do direito, e que deve ser respeitado ao criar qualquer lei infraconstitucional, havendo uma hierarquia axiológica (valor), além de uma supremacia formal, levando a concretização dos direitos fundamentais.

Susanna Pazzolo, citada por Raineri Ramalho (2019), responsável pelo conceito, destaca os principais pontos do instituto, que seriam:

Diferenciação entre princípios e regras; superação da subsunção em favor da ponderação; subordinação do legislador à Constituição e

consequente limitação de sua liberdade; majoração do papel do juiz constitucional, que deve passar a fazer uma interpretação moral da constituição. (PAZZOLO *apud* RAMALHO, 2019, p. 2)

Outros vários doutrinadores, como Carlos Manuel Villabella Armengol, Daniel Sarmiento e Luís Prieto Sanchis, citados na obra de Raineri Ramalho, *STF E O NEOCONSTITUCIONALISMO*, defendem que a ponderação prevalece sobre o princípio interpretativo da norma *in verbis*, obrigando o aplicador da lei a encontrar um ponto de otimização, conforme já salientado por Alexy (2000), tendo em vista a complexibilidade entre o justo e o lógico por parte do aplicador da lei.

Outrossim, alhures, Luís Roberto Barroso citado por Raineri Ramalho (2019, p. 59), reafirma que “a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica”.

Neste sentido, a valoração feita entre os princípios e regras, se distinguem entre dimensões, aquela equivalente a peso e está em validade, que nas palavras de Alexy (2000) servirá como parâmetro para aplicação ao caso concreto, sendo preciso o juízo de valor.

Barroso (2018) enxerga a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras sob o prisma dos direitos fundamentais, que acarretam em um conceito de justiça. O juiz, de modo geral, pode fazer o seu juízo de valor em um processo, e realizar o controle de constitucionalidade difuso, quando verificado a incompatibilidade da norma infraconstitucional com a constituição, mas em específico aqui os ministros do STF, que são os guardiões da Constituição Federal do Brasil, podem realizar o controle de constitucionalidade concentrado, independente de um caso concreto para garantir a segurança jurídica, tornando a lei inválida ou confirmando a validade. O poder/dever de proteção à constituição está previsto no art. 102 da CF/88, *ipsis litteris*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;

i) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Parágrafo único. A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, Art. 102).

O autor Ramalho (2019), apesar dos inúmeros argumentos que dão base a corrente, ainda que tenha explanado de forma inequívoca brilhante os prós e contras, rechaçou o referido instituto, levando em consideração o Neoconstitucionalismo, alegando que a suprema corte em sede de conflito, considerando o poder e efeitos *erga omnes* das decisões, tenha feito uma espécie de usurpação da competência do Poder Legislativo, visto que em sede de conflito de constitucionalidade, passaram a se sobrepor a legislação e vincular atos do Poder Executivo, ou, ainda, fazendo uso de súmulas vinculantes.

Ainda, considerando o posicionamento do autor justifica:

Susanna Pazzolo, a criadora do termo neoconstitucionalismo – embora não mais se identifique com a corrente – expõe detalhadamente as deficiências na vinculação entre o Direito e a Moral, deixando claros os prejuízos deste entendimento. Assim como Comanducci, o principal problema observado por Pazzolo é a impossibilidade de o juiz fixar o conteúdo moral a ser aplicado (RAMALHO, 2019, p. 72).

Deste modo, sustenta a fragilidade das decisões, que pautadas na moral, ao interpretar a norma, sustentará um alto nível de discricionariedade, que segundo este, os magistrados serão influenciados por critérios subjetivos, buscando a justiça, mas que poderá ocasionar em uma insegurança jurídica. Citando o autor supramencionado, Ramalho (2019 p. 84):

Existem atualmente ao redor do mundo regimes nos quais a ética da religião dominante (um dos tipos de Moral acima listados) se confunde ou até se sobrepõe à ordem jurídica, causando todo tipo de excessos e ofensas a ideias contemporâneas de igualdade e de dignidade. Em um processo temporal no qual aos poucos a segurança do Direito vá sendo diminuída em prol da imposição de valores morais, primeiro o julgador e depois do administrador, algo assim pode vir a acontecer. E existe exemplo histórico recente disto (RAMALHO, 2019 p. 84).

O autor supracitado, para dar embasamento a sua posição cita as barbáries da Segunda Guerra Mundial, considerando os regimes fascistas e nazistas da Itália e Alemanha, tendo em vista as decisões dos juízes, que se dividiram em aqueles que aderiram e os que não aceitaram a atuação sobre os princípios do regime, que confundiram Direito e a Moral. No entanto, forçoso reconhecer que tais argumentos restam prejudicados, haja vista a criação de vários institutos perpetrados na humanidade, entre estes, a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1945, e a consequente Declaração dos Direitos Humanos, e a fundação do TPI (Tribunal Penal Internacional) em 2002, os quais o Brasil integra e apoia, bem como outros Estados, o que logicamente obstam qualquer tentativa de retrocesso ou supressão de direitos.

O autor Ramalho (2019), expõe, ainda, argumentos contemporâneos para salutar seu posicionamento quanto a aplicação do neoconstitucionalismo no ordenamento brasileiro, salientando o uso de princípios constitucionais que contém caráter abstrato, quais sejam, a título de exemplo; liberdade; segurança; igualdade e dignidade da pessoa humana, que ensejam decisões da corte suprema, justificadas de forma distinta por cada voto dos ministros, que valora e impõe sua posição pessoal. O autor cita vários julgados do STF para fortificar seus argumentos, no entanto, leva em consideração apenas decisões que envolvem políticos, que logicamente levam um cunho pessoal, naturalmente devido as indicações dos partidos, e ainda questões que se refiram a natureza humana, quando cita os votos sobre união homoafetiva.

Ramalho (2019), crítica a discricionariedade dos ministros que atuam no STF, pois segundo o mesmo, fazem uso da moralidade pessoal para decidir a justiça, citando alguns exemplos, o HC nº 97.256, que foi declarada a inconstitucionalidade do regime inicial fechado para os crimes previstos na lei de drogas, citando o mesmo:

O tribunal utilizou como um de seus argumentos principais, inclusive inserindo-se na ementa do julgamento que é prerrogativa exclusiva do

juiz definir o tipo de pena que entender adequada de acordo com sua discricionariedade, não podendo o legislador retirar isto dele. Entendimento manifestadamente incorreto, que retira da função legislativa boa parte de sua importância; o que é ainda mais agravado por se tratar da esfera criminal, na qual é tão essencial o respeito à legalidade e a limitação da discricionariedade. (RAMALHO, 2019, p. 167).

Ramalho (2019), ainda cita inúmeros exemplos, a polemica sobre o uso indevido de algemas pelas autoridades policiais, que envolvia na época envolvia um ex-governador, quando o STF julgou o HC n° 91.952, e ainda salienta o entendimento da corte superior acerca da prisão de acusados em processo criminal sem o transitio em julgado da decisão condenatória, com a condenação em 2° instância, no julgamento do HC n° 84.078, o princípio de presunção de inocência, previsto no art. 5°, LVII, da Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais, se sobrepôs à discussão, no entanto, em 2016 no julgamento do HC n°126.292, a corte mudou seu entendimento, e aqui neste ponto o autor salienta para decisões políticas da corte; e novamente, cabe ressaltar, em 2019, a discussão está em pauta no plenário do STF, sobre a condenação em 2º instância, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Em que pese tais situações, em que há fragmentos políticos na Suprema Corte, deveras que tais fatos não pesam mais que a justiça do Neoconstitucionalismo no ordenamento, pois é em decorrência do referido instituto que uma mulher gestante de um feto anencéfalo pode interromper a gravidez (ADPF n°54) sem cumprir qualquer pena do crime de aborto previsto no art. 124 do Código Penal, ou, ainda, a constitucionalidade de uniões homoafetivas, que conforme o referido autor cita, “conquanto a Constituição defina expressamente que a união estável é formada entre homem e mulher, o STF decidiu que o conceito também devia abarcar uniões homossexuais”. (RAMALHO, 2019, p.156).

Com relação a mudança de entendimento da jurisprudência, o direito não é uma ciência exata e imutável, depende do marco histórico da sociedade, ressalvado os princípios basilares do ordenamento jurídico. Desde modo, a sociedade depende muito mais da justiça do que da lei, o juiz, bom aplicador, corrige e aplica o direito, sem suprimir as garantias dos jurisdicionados, fazendo justiça pelo Estado aos Tutelados.

Na seara do novo Estado Constitucional Brasileiro, tem-se que pontuar, sua construção, com base em 3 (três) características fundamentais para sua ascensão,

conforme leciona Barroso (2018), o marco filosófico (pós-positivismo), teórico (elementos da constituição com status de norma) e ideal (modelo). No Estado brasileiro, a reconstitucionalização se desenvolveu com a promulgação da constituição de 1988, passando de um mandamento rígido, criada como símbolo das conquistas e incentivando maiores avanços na sociedade, perpetrando até mesmo o princípio de vedação ao retrocesso, previsto de forma implícita, para que em momento nenhum a sociedade retroaja, nas palavras de Canotilho (2013) definido como *efeito cliquet*, um princípio base dos direitos humanos.

A Constituição Federal promulgada em 1988, foi o marco para uma estabilidade jurídica, política e social, dotada de mandamentos voltadas para qualquer área, após uma época marcada por ditaduras e impeachment de presidentes ou a insegurança de seus mandatos. (BRASIL, 1990)

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITOS, DIMENSÕES E CARACTERÍSTICAS

Os direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5º, da Constituição Federal, como cláusulas pétreas, que não se limita ao referido dispositivo, conforme Pedro Lenza (2016), o entendimento jurisprudencial pacificado, em concordância com a doutrina pátria, é que os direitos e deveres individuais e coletivos podem ser encontrados em toda extensão do texto constitucional, consonante julgamento da ADI 939-7/DF, levando em consideração ainda, tratados ou convenções internacionais.

Forçoso reconhecer que há uma diferenciação no que tange direitos e garantias, Miranda (2007), esclarece que os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens. Deste modo, em uma interpretação mais simples, o direito é mandamento principal e a garantia o acessório que visa o cumprimento daquele, aquela ostenta conteúdo declaratório, e, esta, assecuratório. A título de exemplo, tendo em vista o direito, o direito à vida, e, com relação a garantia, o remédio constitucional Habeas Corpus.

Os direitos fundamentais, possuem a finalidade de defesa dos indivíduos, como símbolo da democracia, visto que são limitadores dos representantes do povo, Moraes (2016, p. 29):

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (MORAES, 2016, p. 49)

Os direitos fundamentais, são divididos em 5 capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Modernamente a doutrina classifica tais direitos em gerações, ou, consoante Lenza (2016), em dimensões, entendida como mais adequada a divisão dicotômica.

Historicamente, conforme a doutrina, os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, foram reflexos supervenientes da Revolução Francesa que anunciavam os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, que alhures, se desdobrariam em direitos de quarta e quinta dimensão.

A aplicabilidade do dispositivo fundamental, como forma concreta de qualquer direito de geração, visando a eficácia e aplicabilidade, depende do texto do dispositivo, possuindo como regra a aplicabilidade imediata, conforme leciona Moraes (2016).

2.3.1 Direitos Fundamentais de 1º Dimensão

Os direitos da 1º dimensão, que anunciaram um Estado de Direito, que consagraram as liberdades individuais, surgiram no século XVIII, voltados para o “respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor de liberdade”, conforme lições Lenza. (2016, p.1156).

Outrossim, caracterizam-se pela subjetividade, sendo o indivíduo o titular de tais direitos, que conforme Novelino (2018), possuem um carácter negativo perante o Estado que não pode ofuscar a aplicabilidade destes.

Os direitos de 1º dimensão estão elencados na CF, arts. 5º e 14, em que estão resguardados; o direito à vida (art. 5º, caput); princípio da igualdade (art. 5º, I); princípio da legalidade (art. 5º, II); vedação à tortura (art. 5º, III e XLIII); liberdade de

pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, IV e V); liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência (art. 5º, VI e VIII); indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V); expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX); inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X); inviolabilidade domiciliar (art.5º, XI); sigilo de correspondência e de comunicação (art. 5º, XII), inviolabilidade de dados (art. 5º, X e XII); direito de reunião (art. 5º XVI); direito de associação (art.5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI); apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo poder judiciário (art.5º, XXXV); direito adquirido e coisa julgada (art. 5º, XXXVI), princípio do juiz natural (art.5º, XXXVII e LIII), tribunal do júri (art. 5º XXXVIII); extradição (art. 5º, LI e LII), devido processo legal, contraditório , ampla defesa e celeridade processual (art. 5º, LIV, LV e LXXVIII e Lei nº 11.419/06); provas ilícitas (art. 5º, LVI); princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII); ação penal privada subsidiária (art. 5º, LIX); prisão civil (art. 5º, LXVII); soberania popular (art. 14, caput). E ainda, segundo Moraes (2003), os direitos e garantias previstos na constituição, formam um rol exemplificativo, não excluindo outros direitos de caráter constitucional, decorrentes de princípios e regras.

2.3.2 Direitos Fundamentais de 2º Dimensão

A consagração dos direitos fundamentais de 2º dimensão foi definida, devido movimentos sociais na Inglaterra e Itália, durante a revolução industrial europeia no século XIX, e ao final da Primeira Guerra Mundial no século XX, que levou a “evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal). ” (LENZA, p. 1157, 2016).

Enquanto os direitos fundamentais de 1º dimensão possuem natureza de liberdade negativa, os direitos de 2º dimensão possuem natureza de liberdade positiva, que buscam a igualdade social, sendo de extrema importância em um Estado Social de Direito, garantindo que as ações sejam equânimes, trazendo justiça e almejando equidade para todos que dependem do Estado, voltados para os hipossuficientes vulneráveis, com a finalidade de concretizar a igualdade social.

Os direitos sociais estão elencados e tratados nos arts.6º, 7º e 205, respectivamente, da Constituição Federal, vejamos quais são:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Neste diapasão, necessário pontuar, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XXII, citada por Alexandre de Moraes, também consagra os direitos sociais, vejamos:

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (MORAES, p. 211, 2016).

2.3.3 Direitos Fundamentais de 3º Dimensão

A criação dos direitos de 3º dimensão, considerando o caráter transindividual e difuso, tendo em vista ser um direito da coletividade ou ainda a quem não se possa identificar, foi recepcionada com a nova ordem de uma sociedade contemporânea, tendo em vista as mudanças ocorridas, como a sociedade em massa, que impulsionou o desenvolvimento tecnológico, e, conforme pontua Lenza (2016), ocasionou uma profunda alteração nas relações econômico-sociais. Tais mudanças, tiveram supervenientemente consequência e reflexos, o grande risco do meio ambiente, tendo em vista ser objeto de matéria prima, que poderia acarretar prejuízo para sociedade consumerista. Ressalta-se, portanto, que os direitos de 3º dimensão estão elencados no art. 225 da Constituição Federal, e, ainda, de acordo com a ínclita doutrina. Vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).

Bonavides (2005) e Karel Vasak (1983), expuseram um rol exemplificativo dos direitos de 3ª dimensão, o direito ao desenvolvimento; direito a paz (lembrando que

Bonavides classifica, atualmente, o direito à paz como da 5ª dimensão); direito ao meio ambiente; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; direito de comunicação.

2.3.4 Direitos Fundamentais de 4ª Dimensão

Os direitos fundamentais dessa dimensão, segundo Norberto Bobbio, citado por Lenza (2016), estão intimamente ligados ao campo da engenharia genética, tendo em vista os eventos causados por pesquisas biológicas. Segundo o doutrinador italiano, está especificamente ligado ao direito de manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.

Para Bonavides (2005), também citado por Lenza (2016), os direitos de 4ª dimensão estão ligados a globalização política, à derradeira fase 'institucionalização do Estado Social', destacando-se os direitos a: democracia; informação e pluralismo.

Segundo Bonavides (2005), significa a globalização dos direitos fundamentais, caracterizando-os pela universalidade no âmbito institucional.

2.3.5 Direitos Fundamentais de 5ª Dimensão

O direito à paz, ainda que classificado por Vasak (1983) como sendo de 3ª dimensão, atualmente tem-se o entendimento que se trata de um direito de 5ª dimensão conforme jurista Bonavides (2005) a paz é o axioma da democracia participativa, ou ainda, o supremo direito da humanidade.

2.3.6 Características dos Direitos Fundamentais

Os princípios constitucionais, norteadores dos direitos fundamentais, são as bases para concretização dos mesmos, sendo considerados características de forma inequívoca. São estes de acordo com Tavares (2003, p. 4):

- Universalidade: Todo cidadão é dotado de direitos fundamentais, sem discriminação.

- Imprescritibilidade: Os direitos fundamentais são vitalícios, não se perdem com o tempo. No entanto, excepcionalmente pode ser suprimido em detrimento de outro, como por exemplo, o direito à propriedade em prejudicada pelo direito de usucapião, tendo em vista o desrespeito a função social, ou, ainda, o direito de liberdade de expressão, em alguns casos, que silencia o direito a imagem, geralmente de pessoas públicas, como artistas ou políticos.
- Historicidade: Os direitos fundamentais, são decorrentes de inúmeras conquistas ao longo da história, marcados gerações que sofreram igualmente sem as garantias individuais e coletivas.
- Irrenunciabilidade: Em regra, os direitos fundamentais são irrenunciáveis, no entanto, podem temporariamente serem renunciados, quando não acarretarem em prejuízo próprio ou sua vida depender destes, a título de exemplo, a vida dos artistas que dependem de sua imagem.
- Inalienabilidade: São indisponíveis, não podendo serem negociados. Aqui, trata-se do direito como objeto, diferentemente da irrenunciabilidade que trata do exercício do direito.
- Inexauribilidade: Os direitos fundamentais não se limitam a constituição; sendo também aqueles decorrentes de princípios, e tratados internacionais.
- Concorrência: São direitos que se vinculam entre si, não possuindo independência, visto que muitas vezes necessitam de complementação de outros direitos fundamentais.
- Aplicabilidade: Como já explanado, conforme as lições de Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, não podendo serem embargados ou protelados.
- Constitucionalização: São direitos positivados na Carta Maior, à luz do Neoconstitucionalismo influenciam em todo ordenamento jurídico.
- Vedação ao Retrocesso: Tal princípio implícito, dispõe que os direitos fundamentais conquistados não podem ser modificados em prejuízo dos indivíduos, chamado também de *efeito cliquet*, conforme Canotilho (2013), um princípio base dos direitos humanos (TAVARES 2003, p. 4).

2.4 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Considerando a aplicabilidade dos direitos positivados, ante o exposto, cabe ao Estado, através do Juiz, prestar a devida tutela jurisdicional, em contrapartida, é

necessário que haja um processo justo na qual configura determinado indivíduo no polo passivo de determinado processo.

Toda pessoa que figurar no polo passivo de uma ação faz jus ao direito do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme dispõe o inc. LV do art. 5º da CF/88. Afinal, se a ação é a contrapartida natural da proibição da tutela privada, 'não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem viabilizar a todos viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário [...] até porque ter direitos e não puder tutela-los (MARINONI, 2013, p. 204).

Em suma, o direito de defesa, mais que instrumentalização processual, deve ser aplicado pelo bom julgador garantidor do cumprimento das leis, que nesse caso, quando deflagrada determinada ação, deve garantir a ampla defesa e o contraditório, como medida mais lúdica a salutar o direito ao devido processo legal.

O instituto do devido processo legal, apesar de ostentar ideais contemporâneos, foi criado, longinquamente, em tempos antigos, conforme lições de Demo (2012), o processo justo remonta ao início do século XIII, quando promulgada a Carta Magna inglesa de 1215, do Rei João Sem Terra. Hodiernamente, ainda é extremamente necessário a mão do Estado para que o jurisdicionado exerça seus direitos e garantias fundamentais.

Sobre mais, também se frisou a importância do devido processo legal, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme citado por Moraes (2003, p. 23), no art. XI, nº 1. Vejamos:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (MORAES, 2003, p. 23).

O processo é o meio pelo qual os direitos constitucionais são alcançados, e na visão dos excelentíssimos doutores Demo (2012, p.204), "razão pela qual há, uma nova postura metodológica envolvendo o processo e os princípios constitucionais processuais". O autor supramencionado ainda sustenta que dessa relação, citando Nery et al (2013), origina-se dois sentidos vetoriais, "Constituição-processo (tutela constitucional) e processo-Constituição (jurisdição constitucional)". Apesar da divisão metodológica, assim como os trabalhos dos autores supracitados, o que será estudado *in casu* será a "Constituição-processo", tendo em vista o objetivo da

aplicação efetiva dos instrumentos processuais em conformidade com os princípios positivados na constituição, quais sejam, o contraditório e a da ampla defesa, assegurado no art. 5º, inc. LIV, da CF/88, sendo estas espécies do gênero devido processo legal, conforme Ilustres autores.

Corolários a curta exposição histórica e teórica, superado a teoria manifestadamente boa do devido processo legal como direito fundamental, sendo um direito ímpar de primeira geração no ordenamento jurídico, a cerne da questão está na aplicabilidade do devido processo legal, que notadamente se encontra prejudicada. Nas lições de Jardim (2002, p. 24), pode ser observado que:

Creemos que os comentadores da nova Carta Política ainda não extraíram da regra do inc. LIV do seu art. 5º tudo o que efetivamente pode ser extraído, numa interpretação sistemática e mais arrojada, forte nos chamados princípios republicanos. A cláusula 'devido processo legal' deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. O 'devido processo legal' não pode ser resumido à consagração do princípio do 'Juiz Natural', à vedação de provas ilícitas, ou mesmo a impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isto é muito importante, mas já foi conquistado, restando tão somente consolidar. Agora, queremos mais do 'devido processo legal', até mesmo porque matérias merecem consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que hora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente e fértil (JARDIM, 2002, p. 24).

Por igual razões, é necessário expor, que o devido processo legal, pode ser dividido em duas facetas, conforme lições de Lenza (2016), qual seja, substantivo ou material. A primeira trata-se da instrumentalização do referido procedimento, conquanto a outra fundamentada no art. 5º, inciso LV, e 3.º, inciso I, extrai-se os princípios norteadores de todo ordenamento jurídico, sendo estes, o da razoabilidade e proporcionalidade, em que ambos possuem natureza constitucional. Ainda, segundo Lenza, torna-se esclarecedor que:

[...] diante de tal situação todos os atos infraconstitucionais devem com eles guardar relação de compatibilidade, sob pena de irremissível inconstitucionalidade, reconhecida no controle difuso ou concentrado... A razoabilidade e proporcionalidade das leis e atos do Poder Público são inafastáveis, considerando-se que o direito tem conteúdo justo. (LENZA, 2016, p.1247)

De modo geral, ainda segundo Lenza (2016), devem ser observados, para criar uma lei, três parâmetros de suma importância:

Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

Adequação: também denominada pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

Proporcionalidade em sentido estrito: em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição (LENZA, 2016 p. 1248).

2.5 O CONTRADITÓRIO

Inicialmente, mister se faz assinalar, que o direito ao contraditório, está previsto no art. 5º, inciso LV, da CF/88, “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”.

Nery (2013), salienta que:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima relação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório”. (NERY, 2013, p.113).

Necessário pontuar, que a jurisprudência firmou entendimento de que a aplicabilidade do contraditório não é obrigada durante a fase investigatória, sendo obrigatória tão somente durante a fase processual, no processo penal. (LIMA, 2017).

Lima (2017), “Sempre compreendeu o princípio do contraditório como ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los”. (p. 51).

A cerne principal do princípio, está, diretamente, a discussão dos fatos em tela discutidos na causa. Em que pese o contraditório levar puramente a ideia de defesa, esta visão se encontra equivocada, visto que é um direito das partes, exercido com a fiscalização, de ambos, dos atos praticados no processo.

Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão 'audiência bilateral', consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação dos atos desfavoráveis. (LIMA, 2017, p. 51).

A igualdade como núcleo do princípio do contraditório, não só tem a participação das partes do processo, como também deve ter a participação do julgador, aqui de forma subjetiva, para que não ocorram vícios no processo, garantindo, conforme Lima (2017), a paridade de tratamento (*par conditio ou paridade de armas*), como exemplo, temos que segundo o art. 261 do CPP, "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem o defensor". Desta forma, o julgador pode nomear algum defensor para o acusado sob pena de nulidade de todos os atos praticados no processo, conforme súmula 707 do STF, citado por Lima (2017), constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

2.5.1 A Ampla Defesa

A ampla defesa, garantia manifestada através do contraditório, muito embora seja uma espécie do gênero *Devido Processo Legal*, não é um direito de ambas as partes, neste ponto é necessário pontuar, que ainda que seja um direito, sob o enfoque processual se trata de uma garantia do acusado, conforme Távora (2017).

Logo, o direito de defesa está intimamente ligado ao contraditório, pois é em decorrência deste, através do direito à informação, que se adquire o elemento de reação, consoante disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Cumpramos ressaltar que, se por um lado, não se deve confundir a garantia da ampla defesa com o direito ao contraditório, conforme sustentado por Alvaro de Oliveira e Mitiediero, de outro lado, não se pode esquecer que a defesa e o contraditório 'estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento) que brota o exercício da defesa [...]. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida', tendo ambos os princípios, portanto, essa 'intima relação e interação', consoante bem observado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. (DEMO 2012, p. 206).

Lima (2017) acentua, que o direito de contraditório e ampla defesa deve ser respeitado na íntegra, não só pela parte, como também pelo magistrado que direciona o processo, nunca deixando de praticar qualquer ato, que possa prejudicar o interesse de alguma parte. A título de exemplo, a negligência de deixar de comunicar determinado ato processual, que ferirá o contraditório.

Marinoni (2013), ensina que a ampla defesa válida, é aquela em que o indivíduo processado, possa se contrapor a pretensão punitiva do Estado, que levaria a uma sentença de procedência. Deste modo, não pode o juízo limitar a defesa obstando o réu de impugnar de todas as formas possíveis os fatos alegados. Desta forma, o direito fundamental *in casu*, não se confunde com o direito ao contraditório ou a prova, muito menos com a motivação das decisões.

Demo (2012, p. 206), defende que a ampla defesa, conta com garantias capazes de sustentar este direito, sendo estas as seguintes:

[...] a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; h) da legalidade da execução penal [...] (DEMO, 2012, p. 206).

Outrossim, o indivíduo membro da coletividade, não pode ser privado sem o devido processo legal controlado pelo poder judiciário, devendo obedecer às formalidades legais das normas constitucionais e normas penais, tanto as de natureza substancial e instrumental. Demo (2012, p. 206), vislumbra três realidades procedimentais aplicadas com maior importância com relação à ampla defesa, sendo estas: “a) direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contrariedade); c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida [...]”.

A proteção elencada na Carta Maior, ampla defesa, deve ser compreendida, tendendo a subdivisão, à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genérica), conforme lições de Lima (2017, p. 54-55), que, ainda, segundo este, pode ser compreendida sob a visão de aspecto positivo e aspecto negativo, conforme a seguir esboça:

a) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação e esclarecimentos ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria; b) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa a defesa do réu (LIMA, 2017, p. 54).

Por oportuno, ainda que não exaustado todo conteúdo e as diversas linhas jurisprudenciais, em que pese as derivações da defesa técnica e autodefesa, necessário passar ao aludido objeto proposto neste trabalho; o interrogatório do acusado, derivado a autodefesa (material ou genérica), manifestado em audiência, momento em que o réu tem maior contato com o magistrado que dá seguimento ao processo, momento em que o réu poderá manifestar sua versão dos fatos alegados.

O interrogatório do réu há muito tempo foi compreendido como meio de prova. Até antes da Lei nº 11.719/08 e Lei nº 11.689/08, o interrogatório do acusado era feito ao início da instrução processual penal, o que agora ocorre ao final da referida fase processual, conforme art. 400 do Código de Processo Penal. Vejamos:

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 os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, Art. 400)

De sorte, tal mudança, indubitavelmente, é resultado dos valores trazido pelo pós-positivismo e neoconstitucionalismo, agora, sob enfoque do poder judiciário, interpretando e aplicando como máxima efetividade os direitos fundamentais. É devido ao neoconstitucionalismo, que a lei deve ser compreendida em face da Constituição, ou, ainda, transformada em conformidade com aquela, para que os direitos fundamentais não sejam prejudicados por normas infraconstitucionais.

Impende registrar que, com essa mudança paradigmática de interpretar a lei, implementada pelo neoconstitucionalismo, a hermenêutica passou a contar com outros métodos interpretativos, além dos tradicionais (v.g., literal, sistemático, histórico, teleológico, sociológico). Afinal, para que o magistrado possa levar a bom termo uma interpretação/aplicação da lei neste momento pós-positivista, é imprescindível que ele lance mão da Hermenêutica Constitucional. (DEMO, 2012, p.207).

Superada a utilização da constituição como mera revelação, passando agora para uma construção, observados os princípios constitucionais, tendo em vista a hierarquia das normas; conforme já exposto, os princípios são valores, conquanto as regras são pesos, o que justifica a nova visão doutrinária e jurisprudencial.

Dessa forma, os princípios passam a ser o ponto de partida de qualquer interpretação jurídica, e em se tratando de princípios constitucionais, são eles o coração da Carta Magna, eis que posto no ponto mais alto da escala normativa (*norma marum*). É assim que devem ser os princípios vistos na perspectiva da Hermenêutica Constitucional. (DEMO, 2012, p. 209).

3 PROCESSO E PROCEDIMENTO: MOMENTO DO INTERROGATÓRIO

3.1 CONCEITO E NATUREZA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU

O interrogatório judicial é o ato processual, pelo qual o acusado terá a oportunidade de exercer seu direito de autodefesa, frente a autoridade competente; momento em que poderá relatar sua versão da realidade dos fatos ao mesmo imputados, ou, ainda, exercer seu direito de silêncio, fornecendo tão somente suas informações relacionadas a qualificação.

O interrogatório é fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa. Terá o imputado contato com a autoridade, o que lhe permite indicar novas provas, confessar a infração, delatar outros autores, apresentar as teses defensivas que entenda pertinente, ou valer-se, se lhe for conveniente, do direito ao silêncio. (TÁVORA, 2017, p. 676).

Lima (2017), assevera que o magistrado que estiver presidindo a audiência de instrução e julgamento, onde executa o ato de interrogar, em momento algum poderá comprometer o acusado, contrapondo-se a manifestação deste, por mais que a versão relatada pareça inverossímil, constringendo o acusado, sob pena de nulidade do ato.

3.1.1 Natureza Jurídica

Existem 4 (quatro) correntes doutrinárias com relação a natureza jurídica do interrogatório do réu, são essas:

- a) Meio de Prova: Leva em conta um sistema inquisitorial, porquanto o acusado não tem o direito de permanecer em silêncio, devendo responder todas as perguntas. Conforme Lima (2017), a própria posição no ordenamento jurídico, mais precisamente no Código de Processo Penal, devido estar situado dentro do “capítulo III (‘Do interrogatório do acusado’) do Título VII (‘Da prova’) reforça esse entendimento” (2017, p. 670). Ainda, segundo o supramencionado autor, outro fato que deu força a corrente, foi que antes da lei nº 11.719/08 e da lei nº 11.689, o interrogatório era o primeiro ato da instrução processual penal.

- b) Meio de Defesa: Posição que vem crescendo de forma apressurada. Tal fato, conforme lições de Távora (2017), que também cita outros defensores da corrente, quais sejam, Grinover (1998), Scarance Fernandes (2002), Gomes Tourinho (2013), dentre outros, devido a essência, como meio de defesa, uma vez que o réu pode permanecer silente durante a instrução, sem prejuízo a sua culpabilidade, ou, ainda, mentir sobre a realidade dos fatos para se livrar da imputação a ele conferidas. Por essas razões, não pode ser considerado meio de prova, muito embora funcione como fonte de prova, tendo em vista princípio constitucional da autodefesa. Lima (2017) esclarece que tais mudanças ocorreram com a entrada em vigor da lei nº 10.792/03 e, alhures, com a reforma processual penal de 2008, tendo em vista as inovações:

Cariz facultativo do comparecimento do acusado perante o Juiz; obrigatoriedade da presença de defensor técnico no interrogatório; direito à entrevista reservada do interrogatório com seu defensor técnico antes da realização desse ato; proibição do uso do direito ao silêncio como argumento de prova contra o acusado; colocação do interrogatório ao final da instrução probatória, possibilitando que o acusado seja ouvido após a colheita de toda prova oral. (LIMA, 2017, p. 670).

- c) Natureza Mista: Interrogatório como meio de prova e meio de defesa, sendo, por enquanto, a que tem prevalecido segundo Nestor Távora, como sendo de natureza híbrida, tendo em vista, sob o enfoque da autodefesa, as várias prerrogativas da lei, entre elas a de se manter em silêncio sem prejuízo a sua culpabilidade; assim como meio de prova, tendo em vista as respostas às perguntas do magistrado que levarão à maior elucidação dos fatos e livre convencimento do julgador. Ainda segundo o autor supracitado, este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.
- d) Meio de Defesa e, eventualmente, Fonte de Prova: Primordialmente considera-se meio de defesa, mas em segundo plano pode-se considerar como meio de prova, cabendo o magistrado fazer o controle sobre as fontes de prova decorrentes das perguntas durante a instrução (Renato Brasileiro de Lima, 2017). Segundo Távora (2017), esse é o posicionamento de Guilherme Nucci.

3.2 A AUDIÊNCIA NO PROCEDIMENTO COMUM

O procedimento de matéria processual penal, segundo lições de Távora (2017), poderá ser comum ou especial, devendo cada qual seguir o andamento que lhe cabe, a título de exemplo, os crimes hediondos terão prioridade de tramitação por força do artigo 394-A do CPP, bem como os equiparados a estes, com espeque no art. 3º, do CPP, por interpretação extensiva. Serão encontrados no procedimento comum 3 classes procedimentais, cada qual com a sua pena mínima para sua configuração, quais sejam, procedimento ordinário (Pena \geq 4 anos), procedimento sumário (Pena $<$ 4 anos) e sumaríssimo (Pena \leq 2 anos).

O cerne da questão, encontra-se no paradoxo da audiência, em que atos são distintos, em razão da regra da especialidade. Outrossim, tem-se que o art. 400, do CPP, conforme já explanado no tópico 1.6 Da ampla Defesa, preconiza que a audiência deve ser realizada no prazo de 60 (sessenta) dias, e devem seguir uma ordem, conforme lições de Távora (2017), ouvindo o magistrado as declarações do ofendido, ouvindo as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, esclarecimentos dos peritos e por último o interrogatório do acusado, respectivamente.

Impende mencionar a possibilidade de interrogatório, depoimentos de testemunhas, declarações do ofendido e participação de pessoas em atos processuais, com espeque no art. 185, §2º do CPP, como consequência superveniente da Lei 11.900/2009.

Em que pese a reforma do CPP, com a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, com a redação do art. 400, do CPP, tal fato não pacificou o entendimento do momento do interrogatório do réu durante a fase de instrução nos processos criminais.

[...]é o que acontece, por exemplo, no procedimento da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06, art. 57, no procedimento ordinário do processo penal militar (CPPM, art. 302, *c/c* 404, *caput*) e no procedimento especial da Lei de Licitações (Lei nº 8666/93, art. 104). (LIMA, 2017, p. 671)

3.3 O PROCEDIMENTO NO ÂMBITO DO TRIBUNAIS SUPERIORES

O procedimento especial supramencionado, diferentemente do tratamento comum do juízo criminal, recebe tratamento próprio a partir de leis especiais no âmbito dos regimentos dos tribunais, qual seja, a Lei nº 8.038/90.

Ante as lições de Távora (2017), as matérias de competência originária e recursal, estabelecidas na Constituição Federal de 1988, considerando o teor do diploma legal da lei 8.038/90, que instituiu as “normas procedimentais para processos que especifica”, resultaram da competência do STF e STJ, para julgar “ação penal originária, reclamação, *habeas corpus*, recursos criminais, dentre outros”. (TÁVORA, 2017, p. 1224)

Não há em tal procedimento a presença de um juiz singular, existindo apenas um relator escolhido em consequência do regimento interno, que fará o papel daquele, aplicando ainda o mesmo supletivamente, o Regimento Interno do Tribunal que será o juízo *a quo*, ao procedimento; desde que respeitado a compatibilidade com a lei especial. (TÁVORA, 2017).

O processo inicia-se com o oferecimento da denúncia ou da queixa ao tribunal, conforme art. 4º, da Lei 8038/90, tendo o acusado o prazo de 15 (quinze) dias para oferecer resposta, uma oportunidade para oferecer a defesa preliminar. Ato contínuo ao recebimento da denúncia ou queixa, o relator designará dia e horário para realização do interrogatório, por força do art. 7º da referida lei, mandando citar e intimar as partes do processo, acusado/querelado e Ministério Público, e, ainda, o querelante ou assistente de acusação. (LIMA, 2017).

O momento do interrogatório do réu, portanto, considerando a literalidade da lei, obedece ao procedimento especial e não aquele previsto do art. 400, do CPP, que garante o ato processual como sendo o último da instrução, tendo em vista o princípio da especialidade, em que lei especial derroga lei geral.

No entanto, apesar de ainda não ter sido tal dispositivo declarado inconstitucional, o STF na Ação Penal nº 528, afastou a regra, citando o art. 9º da lei 8.038/90, que garante a aplicação do CPP. Ademais, fundamentou também esclarecendo, que tal mudança garantiria maior oportunidade ao acusado de esclarecer maiores questionamentos após findado o conjunto probatório. (LIMA, 2017).

Outrossim, ressalta-se aqui o paradoxo do fundamento da decisão, tendo em vista haver regra específica, e em se tratando de casos iguais, aplica-se a lei geral apenas com o caráter suplementar e subsidiário. Temerário tal justificativa do STF, considerando a impossibilidade de aplicar lei geral em detrimento de procedimento especial, sendo está apenas possível sob a égide de princípios constitucionais feridos ou quando faltar razoabilidade e proporcionalidade com o ordenamento jurídico, o que é possível observar com a verossimilhança dos fatos.

3.4 O PROCEDIMENTO NOS CRIMES MILITARES

O rito especial no âmbito dos procedimentos relacionados a crimes militares, segundo lições de Távora (2017), é definido quando determinado crime ocorrido em determinado caso concreto, encontra-se previsto no Código Penal Militar, e seu processamento seguirá o rito do Código de Processo Penal Militar.

Os crimes militares, ainda conforme Távora (2017), se dividem em dois grupos, os próprios e impróprios; aqueles quando previstos somente no Código Penal Militar e estes quando tipificados concorrentemente no Código Penal Militar e no Código Penal Comum. Logo, quando o delito não estiver previsto no referido Código Militar, não está configurado como crime militar.

O Código de Processo Penal Militar foi criado em 1969, e considerado por Távora (2017), sendo mais sistemático e com mais princípios próprios que o Código Processual Penal Comum. Ademais, em regra, não há como aplicar a legislação processual comum, tendo em vista o critério da especialidade, “exemplo dessa ilação é o disposto no art. 90-A, da Lei nº 9099/95, que dispôs, diante das divergências jurisprudenciais da época de sua edição, que aquele diploma legislativo não se aplica no âmbito da Justiça Militar.” (TÁVORA, 2017, p. 1273). Todavia, excepcionalmente é possível aplicação subsidiária de outros dispositivos presentes na legislação penal comum, tendo em vista art. 3º, do CPPM:

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR Art. 3º).

A cerne da questão *in casu* colide com a norma de caráter geral considerando o momento do interrogatório do réu no procedimento especial, visto que determinado ato é praticado no início do processo, quando do recebimento da denúncia pelo juiz togado, conforme as lições de Távora (2017), e efetuado o sorteio do conselho especial ou permanente, este designará dia para o interrogatório do acusado, que será “realizado perante o juiz-auditor militar ou perante o conselho competente” (TÁVORA, 2017, p.1276), diferentemente do previsto no art. 400, do CPP.

A questão do momento do interrogatório do réu do referido procedimento, conforme Renato Brasileiro de Lima, também já foi questionada no *habeas corpus* 127.900 julgado pelo STF em 2016, em que o plenário optou por aplicar disposto no art. 400, do CPP, inclusive fixando orientação que o disposto no referido artigo aplicasse ‘aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo tão somente naquelas ações penais cuja instrução não tenha encerrado’. (LIMA, 2017, p. 673).

O autor Lima (2017), sustenta que devido ao posicionamento do STF, o art. 400, do CPP, deve ser aplicado a lei de drogas e lei de licitações, para que as decisões não sejam alvo de nulidade, no entanto, o mandamento ainda continuará no ordenamento jurídico, e passível de decisões diversas do entendimento firmado, causando ainda mais insegurança jurídica. Assim, tal posição, só teria sentido, se houvesse a declaração de inconstitucionalidade no que tange ao momento do interrogatório, como forma mais correta, ou, ainda, uma sumula vinculante para determinado procedimento. A título de exemplo, temos o posicionamento do Enrique Ricardo Lewandowski em 2011, quando fixou posicionamento a favor da aplicação do art. 400, do CPP, aos procedimentos especiais, ao manifestar seu voto na AP 528, mas em outro momento a suprema corte, por meio do mesmo ministro, ao decidir o HC nº 121953/MG, ao decidir sobre o momento correto para o interrogatório do réu, manifestou-se no sentido de que esse ato siga o disposto na lei especial.

3.5 O PROCEDIMENTO NA LEI DE DROGAS

A AIJ (Audiência de Instrução e Julgamento), será o momento processual onde haverá a concentração de todos os atos do processo, além de outros procedimentos, entre elas, o interrogatório do réu; a inquirição das testemunhas do Ministério Público

e da defesa; a sustentação oral (MP e defesa técnica); com supedâneo no art. 57 da Lei nº 11.343/06, devendo ser obedecida a ordem do dispositivo legal, e, por fim, a sentença, com espeque no art. 58 da Lei supramencionada.

A regra da especialidade e aplicabilidade na lei de drogas, será discutida no tópico seguinte. No entanto, será trabalhado aqui, alguns pontos contravertidos da referida lei. De antemão, cumpre ressaltar, que o tráfico de drogas é um crime equiparado à hediondo, conforme art. 5º, inciso XLIII, da CF/88. Ato contínuo, necessário pontuar, que na Lei 11.343/06 há a figura do tráfico privilegiado presente no art. 33, §4º, o que por determinado tempo foi motivo de discussão em razão da natureza do crime, bem como se a vedação a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos seria constitucional.

Em 2014, o STJ editou a Súmula 512, fixando entendimento que a aplicação de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, não afasta a hediondez do crime. No entanto, em 2016, com o posicionamento do STF no julgamento do HC 118.533/MS, que firmou o entendimento que somente se equipara à crimes hediondos as modalidades de tráfico previstas no art. 33, caput e §1º da Lei nº 11.343/06, o STJ adotou anuiu com a posição, admitindo a incompatibilidade da norma e os requisitos, e, ainda, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, em um julgamento em 2016 (2016/0288056-2), cancelando a súmula 512:

PETIÇÃO Nº 11.796 - DF (2016/0288056-2)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

REQUERENTE: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

REQUERIDO: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ. (Superior Tribunal de Justiça, 2016, Petição: Nº 11.796-DF 2016/0288056-2)

No que tange a aplicabilidade da pena restritiva de direitos, até então vedada, conforme previa o art. 33, §4º da Lei 11.343/06, esta parte do dispositivo foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão do HC nº 97.256/RS em

2010, pois esta violava o princípio da individualização da pena, prevista no art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, fazendo com que o Senado Federal, através da resolução nº 5, 2012, suspendesse a execução da expressão julgada inconstitucional pelo STF.

4 O MOMENTO DO INTERROGATÓRIO NA LEI DE DROGAS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 O MOMENTO IDEAL DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO PROCESSO DIANTE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

No ordenamento jurídico contemporâneo, é necessário que os aplicadores do direito, bem como os juristas em geral, utilizem a hermenêutica com a finalidade de buscar a máxima efetividade dos princípios e garantias constitucionais, respeitando os direitos do acusado, bem como o direito de punir do Estado (*jus puniendi*).

Conforme os ditames do estado constitucional democrático de direito, aquele que é acusado, será considerado inocente até condenação judicial transitada em julgado (art. 5º, LVII, CF/88), garantido ainda ao mesmo, o devido processo legal (art. 5º, LIV CF/88), o direito à ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF/88).

O Código de Processo Penal (CPP) de 1941, preconizava a realização do interrogatório após o recebimento da denúncia, conforme art. 394 do referido diploma legal; com a reforma do CPP, em 2008, com a Lei 11.719, art. 400, tal ato passou a ser o último no procedimento comum. Por conseguinte, é possível enxergar a nova interpretação da constituição e as mudanças nas leis infraconstitucionais, considerando o neoconstitucionalismo, movimento que cresce no ordenamento brasileiro.

Conforme já esclarecido, o interrogatório do réu, é ato personalíssimo, sendo o momento que o acusado terá a oportunidade de esclarecer a sua versão da realidade dos fatos, perante o magistrado. Cabe ainda ressaltar, que o magistrado não pode refutar e induzir o acusado a qualquer resposta, sob pena de nulidade do ato, consonante já salientado.

A natureza do interrogatório, muito embora prevaleça doutrina que defende ser de caráter híbrido, sendo meio de defesa e meio de prova, cabe ressaltar aqui, conforme os autores já citados no tópico “Da Natureza do Interrogatório”, Nestor Távora (2017), argumenta que o interrogatório pode ser considerado fonte de prova, mas nunca equiparado a meio de prova, tendo em vista o direito do acusado de permanecer em silêncio sem prejuízo ou ainda a impossibilidade de decretar revelia

do réu ausente, são exemplos da impropriedade de considerar a natureza do interrogatório como mista. Nas palavras de Demo:

[...]isto porque o acusado enquanto sujeito da defesa, não tem obrigação e nem dever de fornecer elementos de prova, podendo ele, na verdade, se defender como lhe aprouver, falando ou calando-se; logo, esse 'direito de silêncio' garante o enfoque do interrogatório como meio de defesa (DEMO, 2012, p. 212).

Deste modo, considerando o caráter híbrido, mas ainda assim, primordialmente meio de defesa, tal ato processual deve ser realizado após todas as provas testemunhais do processo, garantindo-se desta forma o devido processo legal, cumprindo o magistrado desta forma o seu papel de aplicador e garantidor da lei. (DEMO, 2012).

Assim, temerário é a aplicação de uma lei que preconiza o interrogatório antes da prova testemunhal, pois esta viola os princípios constitucionais, defendidos neste trabalho. O juiz diante de um caso, deve fazer uma interpretação em conformidade com a Constituição Federal. Vejamos:

Assim, defendemos que, diante de uma norma legal estabelecendo o momento do interrogatório do réu antes da oitiva testemunhal, deve o magistrado proceder a uma interpretação conforme a Constituição e, por conseguinte, postergar tal ato processual ao cabo da audiência de instrução e julgamento, com o que estará o Estado-Juiz realizando o 'justo concreto', em detrimento do 'justo formal'. Mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição, o juiz poderá emitir a única interpretação da lei que não obrigue a declarar sua inconstitucionalidade. A interpretação conforme a Constituição, segundo Canotilho, é um princípio geral de interpretação, remontando 'ao velho princípio da jurisprudência americana, segundo a qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution*.' (DEMO, 2012, p. 213).

São efeitos do neoconstitucionalismo a interpretação com máxima efetividade e otimização da constituição federal, suficientes para vincular a sua aplicabilidade, podendo derrogar lei, conforme Dworkin (2002) e Alexy (2000) já citados no presente trabalho.

Demo (2012), criticam a diferenciação do procedimento nos Juizados Especiais Criminais (9099/95) e na Lei de Drogas (11.343/06), observando que ao criar a lei dos juizados, lei mais antiga, estabeleceu o interrogatório para após a inquirição das testemunhas indicadas pela parte, com espeque no art. 81, da Lei 9099/95, mas ao criar a lei de drogas, norma mais nova, não considerou a Constituição Federal

promulgada em 1988, e manteve o procedimento conforme era antes da nova Constituição.

Com o advento na lei 11.719/08, há claramente uma divergência quanto a aplicabilidade de uma ou outra, considerando uma norma de caráter geral e outra de natureza específica, e, ainda, a justificativa aplicável para adoção de uma ou outra. Cumpre ressaltar aqui, que o objetivo do presente trabalho é defender a realização do interrogatório ao final da instrução, ouvidas as testemunhas, conforme é possível extrair do art. 400, do CPP, à luz do princípio da ampla defesa.

4.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NA LEI DE DROGAS

Em primeiro lugar, conforme os argumentos e concepções já traçadas até este ponto, sobretudo a com relação ao neoconstitucionalismo, que de certa forma abrange todos os outros tópicos, tendo em vista ser um meio de interpretação da lei, considerando a Constituição Federal como fonte de validade para estes, tendo em vista a supremacia máxima dos seus princípios e regras ali insertos, em especial com relação os direitos e garantias fundamentais, será abordado aqui a (in) constitucionalidade do interrogatório do réu na lei de drogas, haja vista o princípio da ampla defesa já trabalhado anteriormente.

Cumpre ressaltar, que quando um indivíduo, responde a determinada ação penal, deve-se preservar ao mesmo a devido processo legal, um princípio base da Constituição, respeitando todas as fases do processo, e, por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme já pontuado, previsto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, e sendo um princípio base dos direitos humanos.

O interrogatório, espécie de autodefesa e desdobramento da ampla defesa, ainda que a doutrina majoritária entenda ser de natureza híbrida, não tem o objetivo de levar a condenação do acusado, mas de oportunizar o acusado de esclarecer os fatos a ele imputados, que venham a justificar ou não a pretensão do Estado. Conforme as lições de Demo (2012), deve ser observado a Constituição Federal, em que consistem as normas do CPP, e qualquer outro dispositivo infraconstitucional que está de acordo com os princípios positivados, como neste caso, o princípio da ampla defesa e contraditório.

Desta forma, a ampla defesa deve ser respeitada em todos seus aspectos, seja na autodefesa (pessoal) ou técnica (através do defensor), respeitada a ordem, em que a defesa se manifeste sempre por último, conforme Fernando Capez, citado por Demo (2012). A ordem para prática de tais atos processuais, acusação e defesa, em que esta última deve sempre se manifestar ao final, sob pena de cerceamento de defesa, tendo em vista o prejuízo que venha a acarretar, podendo tornar o ato nulo, como desdobramento do princípio *pas de nullité sans grief*, que significa que não será declarado nulo ato processual que venha a gerar prejuízo as partes, e ainda segundo Lima (2017, p. 1596) “o princípio do prejuízo aí previsto deriva da ideia de que a tipicidade dos atos processuais funciona apenas como um instrumento para a correta aplicação do direito”, assim, será inválido o ato processual que obstruir o fim a que está destinado.

O ato processual, de reverter a ordem de manifestação ou abrir prazo comum às partes, será declarado nulo, por trazer prejuízo a defesa. A título de exemplo, temos a decisão do STF, que declarou nula a condenação de primeira instância de Aldemir Bendine, ex-presidente do Banco do Brasil e da Petrobras, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, na Operação da Lava-Jato, por ter sido obrigado a apresentar as alegações finais em prazo comum ao dos colaboradores. A decisão se deu no Agravo Regimental à decisão do Ministro Edson Fachin, que denegou o pedido no HC nº 157627, em que os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, ressaltaram que a delação premiada é meio de prova, e conceder prazo comum, gera prejuízo à defesa, bem como fere o princípio do contraditório, causando o cerceamento de defesa. Vejamos a decisão:

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do *habeas corpus*, vencido, no ponto, o Ministro Relator e, no mérito, também por maioria, deu provimento ao agravo regimental e concedeu a ordem em favor do paciente, anulando o julgamento proferido na ação penal 5035263-15.2017.404.7000/PR, bem como os atos processuais subsequentes ao encerramento da instrução processual, assegurando ao paciente, por consequência, o direito de oferecer novamente seus memoriais escritos após o decurso do prazo oferecido aos demais réus colaboradores, nos termos do voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski, redator para o acórdão, vencido o Ministro Edson Fachin (Relator). Falaram: pelo agravante, o Dr. Alberto Zacharias Toron e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, Subprocurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, 27.8.2019)

Com efeito, a decisão colegiada do STF, seguiu aos ditames justos perpetrados no ordenamento jurídico. Deste modo, voltando a (in) constitucionalidade da lei de drogas, em que pese o princípio da especialidade da norma, que em sua essência funciona como regra, afastando aplicação de lei geral (*Lex specialis derogat legi generali*), a regra do ato processual de interrogar o réu antes da instrução, desrespeita o devido processo legal, e fere os princípios da ampla defesa e contraditório, tratando o acusado como objeto de prova, e não sujeito de direito, e por conseguinte é inobservado o princípio da dignidade da pessoa humana, todos já tratados no presente trabalho.

Mello (2012), conforme já esclarecido nos tópicos “Princípios e Regras e a Inconstitucionalidade”, ensina que:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2012, p. 208).

Diante da questão, a norma deve ser interpretada de acordo com os direitos constitucionalizados, que não podem ser protelados ou postergados. Violar o princípio do contraditório, significa tratar de forma diferenciada as partes do processo, o que também afronta o princípio da isonomia, visto que trará prejuízo para defesa do acusado.

Do mesmo modo, a ampla defesa deve ser preservada, tendo em vista a íntima relação com o direito à liberdade do indivíduo, estando o Estado, conforme Demo (2012), obrigado a garantir tal direito previsto também na declaração dos direitos humanos.

Cabe ainda, esclarecer que o art. 57 da Lei nº 11.343/06, além da inobservância de princípios tão valorosos em sua essência, ao ser criado pelo legislador, este não observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade presentes também na Carta Maior, que visam evitar o excesso.

Távora (2017) assevera que:

Há entendimento de que o princípio da proporcionalidade não se identifica com o princípio da razoabilidade. Enquanto o princípio da razoabilidade é denominação que representa uma norma jurídica consistente em um cânone interpretativo que conduza o jurista a decisões aceitáveis, o princípio da proporcionalidade, de origem germânica, representa um procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto (TÁVORA, 2017, p.94).

Deste modo, ainda segundo as lições de Távora (2017), a razoabilidade serve de norte para que o interprete da lei não seja conduzido a absurdos, enquanto a proporcionalidade, que possui três características, sendo estas, a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, parte do princípio da legalidade, considerando o caráter formal, e justificação teleológica, sob aspecto material.

O princípio intrínseco da adequação será atingido quando alcançada a finalidade, enquanto que o princípio intrínseco da necessidade deve observar a alternativa menos gravosa apta a atingir o fim destinado. Diferentemente destes, o sub princípio fará um juízo de valor, entre o benefício trazido pela interpretação da norma e o prejuízo como efeito colateral da mesma, o que pode determinar a aplicabilidade, ou não da norma que deve sempre respeitar os direitos fundamentais, nas palavras de Canotilho, citado por Renato Brasileiro de Lima, “uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos”. (2017, p. 88).

O Ministro Gilmar Mendes, também citado por Lima (2017), leciona que:

A cláusula do devido processo legal – objeto de expressão proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição, e que traduz um dos fundamentos dogmáticos do princípio da proporcionalidade – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do poder público (*procedural due process of law*), mas, sobretudo, em sua dimensão material (*substantive due process of law*), que atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. (LIMA, 2017, p.84).

Destarte, ao analisar o dispositivo da Lei 11.343/06, hodiernamente conhecida como Lei de Drogas, é verossímil que o art. 57 do referido diploma legal, foi criado eivado de inconstitucionalidade, visto que o legislador maculou a norma, ao não observar os princípios, do gênero do devido processo legal, em suas espécies, contraditório e ampla defesa, bem como o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista a norma geral do art. 400 do CPP, tratar de forma diferenciada o interrogatório do acusado, seguindo os princípios intrínsecos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cumpre ainda ressaltar, que não é razoável que se aplique o interrogatório do réu antes da instrução, na lei de drogas, quando crimes de caráter hediondo, muito mais graves que os previstos na Lei nº11.343/06, que apenas são equiparados aquela natureza, seguem o procedimento do art. 400 do CPP, com o interrogatório após a instrução, ouvidas as testemunhas; crimes estes como Latrocínio com resultado morte (art. 157, §3º, II, do CP) com pena de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa; Estupro com resultado morte (art. 213, §2º, do CP) pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos; Homicídio Qualificado (art. 121, §2º, do CP) com pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos; entre outros crimes hediondos.

4.3 O MOMENTO IDEAL DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ

Conforme já exposto no tópico “Do interrogatório”, assim como no ordenamento, com os diversos procedimentos, leis especiais e na norma de caráter geral, com o Código de Processo Penal, não há ainda entendimento pacífico nos tribunais, em razão das divergências que possuem, ora afirmando que o interrogatório do acusado deve ser feito ao final da instrução, e ora defendendo o critério da especialidade.

Nos procedimentos de competência originária dos Tribunais, Lei nº8038/90, que previa em seu art. 7º interrogatório após o recebimento da queixa ou denuncia, este dispositivo entrou em conflito com o disposto no art. 400 do CPP, que prevê a realização do ato processual ao final da instrução. Diante da situação, o STF, durante o julgamento do Agravo Regimental na Ação Penal nº 528, posicionou-se no sentido de aplicar o dispositivo do CPP. Vejamos:

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. 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AÇÃO PENAL Nº 528)

Outrossim, o STF, em outro procedimento, no processo penal militar, que também previa de forma diversa do art. 400, do CPP, sobre o interrogatório do acusado, decidiu no HC nº 127.900 que deve seguir a norma de caráter geral, diferente do que o art. 302, do Decreto – Lei nº 1002/69, uma vez que esta preserva os princípios do contraditório e ampla defesa previstos no art. 5º, inciso LV, da CF/88. Segue a ementa do referido julgamento:

Ementa:

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 nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 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 Nº127.900 AM, RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI, DATA DO JULGAMENTO: 03/03/2016, TRIBUNAL PLENO).

Depreende-se, extraindo o entendimento da Suprema Corte, que o art. 400 do CPP, sobre o interrogatório do acusado, deve ser aplicado a qualquer procedimento especial, inclusive o STJ editou o informativo 609 em 2017, tratando da jurisprudência entre seus temas, fundamentando com essa decisão. No entanto, ainda que o STJ e STF tenham fixado entendimento, certo e inequívoco que o mesmo não se tornou súmula vinculante, e, ainda, não foi declarada a inconstitucionalidade do ato nos procedimentos, o que acarreta a prejuízo na Lei de Drogas, mais que em qualquer outro procedimento, pois Tribunais de Justiça, bem como juízes de 1º grau não estão obrigados à vincular suas decisões ao posicionamento do STJ e STF, e interpretam a lei seguindo o princípio da especialidade, que conforme foi demonstrado, restou-se prejudicado no procedimento da lei de drogas (LIMA, 2017). A seguir, contudo, algumas que seguem posicionamento divergente das supracitadas cortes:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO – INTERROGATÓRIO DOS RÉUS QUE ANTECEDEU À OITIVA DAS TESTEMUNHAS – PROCEDIMENTO DA LEI 11.343/06 – REJEIÇÃO. – O procedimento criminal para apuração de delito de tráfico de drogas segue rito especial, determinado pela Lei nº 11.343/06, que prevê a realização do interrogatório do réu antes da oitiva de testemunhas, não podendo ser revogado pela lei 11.719/08, que inverteu essa ordem. (TJ – MG – EMB INFRIG E DE NULIDADE: 10024141544155004, MG, RELATOR: EDUARDO MACHADO, DATA DE JULGAMENTO: 01/10/2019)

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESRESPEITO AO ART.400 DO CPP. INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO ANTES DA COLETA DA PROVA TESTEMUNHAL. NULIDADE. INCORRÊNCIA. PRECLUSÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO, HAJA VISTA SILÊNCIO DA RÉ, QUE TAMBÉM IMPEDE A ANULAÇÃO. OMISSÃO QUANTO AO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO ESPECIFICADA QUANTO A REQUERENTE, E QUE SE MOSTROU ACERTADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Revisão Criminal nº 70080101090, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, julgado em 05/04/2019).

Ante a situação que se encontra, sobre a realização do interrogatório, o STJ decidiu afetar os Recursos Especiais nº 1.825.622/SP e nº1.808.389/AM, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036, §5º, CPC e parágrafo único do art. 256- I do RISTJ, cujo a denominação foi cadastrada como Tema Repetitivo nº 1027 na base de dados do Superior Tribunal de Justiça. A questão submetida a julgamento, trata da aplicabilidade do ato processual do interrogatório do réu, se nos crimes da lei de

drogas, pelo critério da especialidade, aplica-se o art. 57, ou, tendo em vista os princípios do contraditório e ampla defesa, aplica-se o art. 400, do CPP. Vejamos:

EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE AFETAÇÃO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 1.036 E RISTJ, ART. 256, I). LEI ANTITÓXICOS. RITO PROCESSUAL. (CPP, ART. 400 OU LEI N. 11.343/2006, ART. 57). MULTIPLICIDADE DE CASOS ASSEMELHADOS. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL AFETADO.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se, nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado o rito processual disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou o rito específico da legislação própria (art. 57 da Lei n. 11.343/2006), em razão do princípio da especialidade.

2. Diante da multiplicidade de casos semelhantes que são amiúde retratados pela mesma discussão suscitada nesta impugnação, julgados frequentemente por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, e da relevância jurídica da matéria, apresento este recurso especial, para apreciação desta Terceira Seção, a fim de que o seu julgamento seja submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil e 256-I do RISTJ.

3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. 4. Recurso especial afetado. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.825.622/SP E Nº1.808.389/AM, RELATOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal promulgada em 1988, perpetrou em seu texto normas à serem observadas por todos aplicadores do direito, e antes destes, pelo legislador pátrio que deve exercer sua função seguindo a Carta Maior, principalmente com relação os direitos e regras fundamentais previsto no art. 5º da CF/88.

Outrossim, superado o pós-positivismo, certas normas devem ser sujeitas a interpretação constitucional, devendo o magistrado fazer o devido juízo de valor para aplicar a justiça. Ergo à mingua, foi possível vislumbrar a inconstitucionalidade do dispositivo do art. 57, da Lei nº 11.343/06, que prevê o interrogatório do acusado antes da instrução criminal, restando neste ponto prejudicados os direitos, em sua essência princípios, da ampla defesa e contraditório.

Deste modo, depreende-se que o Estado, através do juiz, ainda que investido do jus puniendi, deve primeiramente garantir a devida tutela jurisdicional da sociedade, não podendo postergar aqueles direitos de primeira geração garantidos ao indivíduo que tiver uma ação criminal deflagrada contra o mesmo.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na declaração dos direitos humanos, e na CF/88, não pode ser relativizado em nenhuma hipótese, sendo inconstitucional a norma que traz prejuízo aos direitos garantidos ao longo da história, conforme o princípio da vedação ao retrocesso.

O juiz deve ponderar a aplicação da lei, fazendo o devido juízo de valor quando notar que há conflito entre princípio e regra ou princípio e princípio, buscando o prejuízo mínimo dos direitos fundamentais.

O art. 57, da Lei 11.343/06, sempre foi utilizado, ainda que prejudicial ao acusado, tendo em vista o prejuízo da ampla defesa e contraditório, sob a justificativa do princípio da especialidade. Verossímil, conforme se extrai, que por muitos anos, tal norma trouxe prejuízo aos direitos fundamentais do réu, colocando em risco seu direito de liberdade.

O art. 400, do CPP, com a reforma do referido diploma legal, através da lei 11.719/08, mudou o ato processual do interrogatório do réu para ao final da instrução, conforme já previa o art. 81, da Lei 9099/95, respeitando os princípios constitucionais supracitados, originários do devido processo legal, sendo o dispositivo mais correto a ser utilizado, o que também originou entendimento do STJ e STF, no entanto não

acabou com a aplicabilidade erroneamente do disposto no art. 57, da lei 11.343/06, em alguma decisões processuais.

A insegurança jurídica, deve ser suprida pela uniformização das decisões, que só pode ser possível com a declaração de inconstitucionalidade do disposto na Lei de Drogas, ou, com a edição de sumula vinculante que fixe entendimento sobre a prevalência do art. 400, do CPP, uma vez, que feito o juízo de valor, o resultado é claro quanto a aplicabilidade do princípio da ampla defesa e contraditório, diversamente do princípio da especialidade da norma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, Bologna, v. 13, n. 3, sept. 2000.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 15.ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012. xi, 2056 p. ISBN 978-85-339-2154-2.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Impacto da Lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas**. 10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 243-262. Localização: TJDF

BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm Acesso em: 05 de setembro de 2019.

BRASIL, **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> 05 de setembro de 2019.

BRASIL, **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. 05 de setembro de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Os métodos do achamento político**. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**, trad. Ricardo Rodrigues Gama, 2ª ed., Campinas: Russell Editores, 2009. p. 94. ISBN: 978-85-89251-98-3.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo **Direito processual constitucional** / Paulo Roberto de Figueiredo Dantas. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I.** 9. ed. rev. e atual. Segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017.

DEMO, Alcenir José - **O momento do interrogatório do réu na Lei de tóxicos sob a perspectiva da garantia fundamental da ampla defesa.** v. 20, n. 78, p. 199–227, abr./jun., 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito).

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Modernidade do Direito Processual Brasileiro: O Processo em Evolução.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JARDIM, A. S.. **Do ônus da prova no Direito Processual Penal Brasileiro.** 2002. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo. 180 p.

KENT, Penelope. **Law of the European Union.** 2 ed. London: M&E Pitman Publishion, 1996.

LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado®** / Pedro Lenza. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção esquematizado®)

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal** Volume único. 5ª Ed. Salvador, Jus Podivm, 2017.

MORAES, Alexandre de **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Do Controle da Insuficiência de Tutela Normativa aos Direitos Fundamentais Processuais.** Revista de Processo. vol. 223, p. 13-29, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: v. 1: teoria geral do processo.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo VII- Estrutura Constitucional da democracia, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

NASSIF, Aramis. O novo júri brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1983 p.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** - Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2018. Descrição Física: 959 p.

RAMALHO, Raineri . STF e o **Neoconstitucionalismo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. v. 1. 254p

ROSENVALD, Nelson. Coleção Prof. Agostinho Alvim. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto - **El constitucionalismo de los derechos**: Ensayos de filosofía jurídica - Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 305-309

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 3º ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira deSouza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional**. In: LEITE, George Salomão, Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁVORA, Nestor; **Curso de direito processual penal**. Salvador: JusPodivm, 2017

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 4. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASAK, Karel. **As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem**. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, Unesco, 1983.

VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL, **INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS**, PUEBLA, MÉXICO. n. 27 (2017): Argumenta Journal Law 27 .