

CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL: A DISCUSSÃO EM TORNO DA LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO INÍCIO OU AO FINAL DA INSTRUÇÃO

CONSTITUTION, FUNDAMENTAL RIGHTS AND CRIMINAL PROCEDURE: THE DEBATE OVER THE LEGAL AND CONSTITUTIONAL LEGITIMACY OF THE DEFENDANT INTERROGATORY AT THE BEGINNING OR AT THE END OF THE TRIAL

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität-München

Jayme Weingartner Neto²

Doutor (PUCRS) e Mestre (Coimbra) em Direito

RESUMO: O presente artigo discute, em perspectiva jurídico-constitucional, a realização do interrogatório no início ou no final da instrução em processo penal, avaliando o problema à vista das exigências da ampla defesa e do devido processo legal e da assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; processo penal; interrogatório do réu.

ABSTRACT: *This article discusses, in legal and constitutional perspective, the realization of the defendant's interrogatory at the beginning or at the end of the criminal trial, evaluating the problem in light of due process requirements and the so called objective dimension of fundamental rights.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; criminal trial; interrogatory of the defendant.*

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS, Professor da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS), Juiz de Direito no RS e Juiz Efetivo do TRE/RS (biênio 2013-14).

² Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNILASALLE, Desembargador junto ao Tribunal de Justiça do RS.

SUMÁRIO: 1 Introdução: apresentando e delimitando o problema; 2 As razões em causa e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal; 3 A fundamentação constitucional: máxima eficácia das normas de direitos fundamentais e a sua respectiva dimensão objetiva; Conclusão.

SUMMARY: 1 Introduction: presenting and defining the problem; 2 The reasonings in debate and the position of the Supreme Court; 3 The constitutional foundation: maximum effectiveness of fundamental rights rules and their respective objective dimension; Conclusion.

1 INTRODUÇÃO: APRESENTANDO E DELIMITANDO O PROBLEMA

Diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal brasileiro (doravante apenas CPP), de acordo com o qual o interrogatório do denunciado deverá ser realizado ao final da fase instrutória, após a inquirição das testemunhas, são diversos os diplomas legislativos (com destaque para o art. 57 da Lei de Drogas e para a legislação penal eleitoral) que preveem que seja tal ato realizado – como, de resto, correspondia à regra antes da alteração do CPP – na fase inicial do processo, ou seja, antes da coleta da prova testemunhal.

Muito embora a ressalva estabelecida no próprio art. 400 do CPP, no sentido de que exigência do interrogatório ao final da instrução não é aplicável a procedimentos que obedecem a rito previsto em lei especial, sobreveio relativamente acirrada discussão sobre a legitimidade constitucional de tal previsão, já que a realização do ato depois da inquirição das testemunhas teria o condão justamente de assegurar ao denunciado a possibilidade de se manifestar – em homenagem ao direito de ampla defesa – por último. Contudo, importa ter em conta que em causa não está somente a garantia (direito fundamental) da ampla defesa, mas também aspectos de segurança jurídica e mesmo questões relevantes em matéria de interpretação constitucional e compreensão dos critérios de solução de antinomias jurídicas.

Por outro lado, verifica-se que a jurisprudência segue dividida e não fornece referenciais seguros, havendo tanto Magistrados que acabaram superando o critério da especialidade e passaram a realizar o interrogatório ao final quanto os que seguem, especialmente em se tratando da legislação de drogas, colhendo a versão do réu na fase inaugural da instrução.

As razões esgrimidas em prol da manutenção do interrogatório no início do processo são diversas e merecem toda a consideração, razão, aliás, da própria existência deste texto. Ademais, não se cuida apenas de estabelecer o

momento constitucionalmente correto para a coleta do interrogatório, mas sim de identificar as consequências jurídicas advindas de sua desconsideração. Assim, por exemplo, é possível invocar o argumento de que o interrogatório no início, de modo suficiente e eficaz, assegura o contraditório e a ampla defesa. Além disso, por razões de segurança jurídica, assume relevo a circunstância de que, embora aplicando não apenas a lei especial, mas também cumprindo a própria ressalva do art. 400 do CPP, a declaração de nulidade do ato realizado no início da instrução estaria a consagrar uma espécie de inconstitucionalidade superveniente por força de alteração de lei ordinária geral, sem prejuízo da instabilidade daí resultante³.

Assim, esboçada a questão, o que se pretende é avaliar as razões favoráveis e contrárias, especialmente tal como esgrimidas na esfera jurisprudencial, ao interrogatório no final da instrução, mesmo no caso de previsão diversa em lei especial, quanto à sua consistência constitucional, designadamente à vista da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (vinculada ao que se convencionou designar de sua dimensão objetiva), com destaque para o direito-garantia da ampla defesa e a correta aplicação dos princípios diretivos da interpretação constitucional. Além disso, convém frisar, há que dialogar com as exigências nucleares da segurança jurídica, incluindo o respeito a precedentes dos Tribunais Superiores, especialmente no que diz respeito ao problema das consequências advindas da violação de eventual direito de matriz constitucional e da prática decisória do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 AS RAZÕES EM CAUSA E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já sinalizado, a realização – em todos os procedimentos criminais (mesmo os previstos em legislação especial) – do interrogatório ao final da instrução tem sido amplamente discutida nos diversos segmentos do Poder Judiciário nacional⁴, tendo, ademais, aportado nos Tribunais Superiores, designadamente, para o efeito de nossa análise, dada a relevância constitucional da matéria, o STF. Nas instâncias ordinárias, igualmente segue controversa a questão, como dá conta, em caráter meramente ilustrativo, o caso da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde se verifica

³ Cf., por exemplo, voto divergente na Apelação Crime nº 70053096376, TJRS, 3ª C.Crim., Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, J. 28.03.2013.

⁴ Basta referir, aqui, o processo penal militar e o processo penal eleitoral.

dissídio sobre a matéria⁵. Todavia, antes de apresentar e comentar a orientação do STF e encaminhar a nossa posição sobre o tema, convém esboçar de forma mais precisa o problema e suas principais dimensões.

Conforme alteração trazida pela Lei nº 11.719/2008, o art. 400 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação:

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

O procedimento ordinário, ao qual se refere o texto do mencionado art. 400, tem aplicação quando inexistente previsão em ordem de legislação especial ou outra disposição em sentido contrário, na hipótese de sanção máxima cominada igual ou superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade (art. 394, § 1º, inciso I). Portanto, haveria óbice a arrostar já na partida, pois o procedimento ordinário é uma das modalidades do procedimento comum (art. 394, § 1º, do CPP) e cederia diante de lei especial, nos termos da própria Lei nº 11.719/2008, que incluiu o § 2º no art. 394. Mais ainda: quando a nova legislação (Lei nº 11.719/2008) pretendeu aplicação geral, sem ressalva de lei especial, explicitamente o comandou (precisamente no § 4º do art. 394 em comento), caso das disposições dos arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal.

De qualquer sorte, a despeito da ressalva estabelecida no que diz com disposição de caráter especial em sentido diverso, passou a ganhar (mais) espaço a tese de que a realização do interrogatório ao final do procedimento, nos termos da atual redação do art. 400 do CPP, *garante ao acusado a plenitude do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório*. A aplicação disso aos procedimentos regrados por legislação especial (como é o caso, pela sua relevância, da assim chamada Lei de Drogas [Lei nº 11.343/2006] ou mesmo na seara da legislação

⁵ Para ilustrar a controvérsia, no âmbito do TJRS, posiciona-se pelo interrogatório ao final, na Lei de Drogas, a 3ª Câmara Criminal (*v.g.*, Apelação Crime nº 70058577255, TJRS, 3ª C.Crim., Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, J. 12.06.2014), ao passo que a 1ª e a 2ª Câmaras, fazendo prevalecer a especialidade, chancelam o interrogatório ao início da audiência (por exemplo, Apelação Crime nº 70056951502, TJRS, 1ª C.Crim., Rel. Des. Julio Cesar Finger, J. 09.04.2014; Apelação Crime nº 70050078617, TJRS, 2ª C.Crim., Relª Desª Lizete Andreis Sebben, J. 26.06.2014).

eleitoral), atenderia, segundo determinada linha argumentativa, ao princípio da máxima eficácia e efetividade da Constituição, uma das linhas mestras da interpretação constitucional⁶, ademais de se tratar de desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que implicam deveres de proteção do Estado e exercem uma função organizatória e procedimental, que, entre outras derivações, estabelece um dever de assegurar a via procedimental mais efetiva em termos de proteção dos direitos fundamentais, desde que disso não resulte compressão desproporcional de outros direitos e garantias de matriz constitucional. Tal linha de argumentação carece, todavia, de maior aprofundamento, notadamente tendo em conta as peculiaridades do problema concreto que ora se discute.

Nesse contexto, é possível invocar o argumento de que a ressalva expressa à existência de “disposições em contrário” (§ 2º do indigitado art. 394 do Código de Processo Penal) – a indicar que, inexistindo, na Lei de Drogas, regra explícita determinando seja o interrogatório realizado ao final da instrução, ou mesmo havendo vedação de tal possibilidade (como é o caso, precisamente, do que se pode inferir da leitura do *caput* do art. 57 da Lei nº 11.343/2006) – dificulta a incidência do disposto no art. 394, § 5º, que resguarda a possibilidade de aplicação subsidiária, aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, das disposições do procedimento ordinário. Verifica-se, neste nódulo problemático, a necessidade de *compatibilizar* os dispositivos da legislação especial (anterior) e da comum (geral e posterior), o que, aliás, representa a generalidade das situações, já que, ao menos por ora, a legislação que não prevê o interrogatório como último ato da instrução é anterior à reforma do art. 400 do CPP.

Dito de outra forma, no esforço de clareza: as inovações trazidas pela Lei nº 11.719/2008 concernem aos ritos ordinário, sumário e sumaríssimo. A ação penal que versa sobre o crime de tráfico de drogas tem previsão em legislação especial, cabendo, no caso, observar o procedimento estabelecido nos arts. 54 a 59 da Lei nº 11.343/2006. Nada obstante, a *conciliação* do rito previsto na Lei nº 11.343/2006 com a disposição do art. 400 do CPP se nos parece possível. Com efeito, além de *não existir, em rigor lógico, incompatibilidade entre as normas*⁷,

⁶ Cf., entre tantos: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 1224.

⁷ Daí porque não há que se cogitar de derrogação do art. 57 da Lei nº 11.343/2006, nos exatos lindes do § 1º do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010). Aliás, o art. 400 do CPP, em nossa opinião, amolda-se justamente ao § 2º do art. 2º da Lei de Introdução, não revogando nem modificando a lei anterior.

trata-se de atender, como já adiantado, ao dever de assegurar a alternativa mais favorável em termos de proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Mas a questão, embora possa parecer, em uma primeira mirada, de fácil elucidação, não é assim tão singela.

Uma primeira objeção – já aventada – vai no sentido de que não é necessariamente correta a afirmação de que o interrogatório ao final da instrução estabeleça inexoravelmente um regime mais benéfico para o réu, pois este poderá mesmo, estrategicamente, querer trazer sua versão o quanto antes ao feito, inclusive podendo, com isso, agilizar eventual liberdade provisória. Que tal argumento não pode subsistir, por si só, como apto a afastar a tese aqui sufragada, já se percebe pelo fato de que, ao final da instrução, o réu terá a oportunidade de direcionar a sua defesa (e autodefesa) de modo muito mais seguro, à vista das provas já colhidas, dos depoimentos de vítimas e testemunhas. Além disso, sempre resta a alternativa de deferir, mediante específico e tempestivo requerimento por parte da defesa, seja o réu interrogado no início da instrução, de modo a ter assegurada a sua liberdade de opção e de avaliação quanto à conveniência e oportunidade do ato, sem prejuízo de se permitir, seja o interrogatório renovado ao final, caso aferida a necessidade.

Importa frisar que o próprio STF já sinalou (ao enfrentar a questão do interrogatório das ações penais originárias do STF) a prevalência do art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei nº 8.038/1990, porque propicia maior eficácia à defesa, sendo tal *prática benéfica à defesa e em uma interpretação teleológica e sistemática do direito* (STF, AgRg-Ação Penal nº 528, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 24.03.2011), muito embora – convém frisar – a Corte Suprema tenha ressalvado as ações penais nas quais o interrogatório já havia sido realizado.

Na mesma linha, mais recentemente, em relação ao processo penal militar, julgados no sentido de que a “máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, *caput*) impõem a incidência da regra geral do CPP” (HC 115698/AM, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, J. em 25.06.2013 e HC 115530/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, J. em 25.06.2013). No mesmo sentido, vale invocar a decisão – também do STF – na Medida Cautelar no *Habeas Corpus* nº 107795 – MC/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Julgada em 28.10.11,

que destaca a utilização de *opção hermenêutica que se mostra mais compatível com o exercício pleno do direito de defesa*.

Todavia, o mesmo STF, posteriormente ao primeiro precedente citado (AgRg-Ação Penal nº 528, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 24.03.2011), consignou a impossibilidade de novo interrogatório ao final da instrução, justamente no que tange à Lei nº 11.343/2006, acenando, no caso, com o princípio da especialidade. Convém ter em conta, contudo, que uma leitura atenta do julgado parece demonstrar que o motivo determinante da decisão foi o fato do interrogatório em tela ter ocorrido antes da inovação do Código de Processo Penal. Confira-se a ementa:

EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PROCESSUAL PENAL - PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.343/2006 - PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - ART. 400 DO CPP - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - ATO PRATICADO CONFORME A LEI VIGENTE À ÉPOCA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO - ORDEM DENEGADA.

I - Se a paciente foi processada pela prática do delito de associação para o tráfico, sob a égide da Lei nº 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal.

II - O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal.

III - O princípio processual do *tempus regit actum* impõe a aplicação à lei vigente à época em que o ato processual deve ser praticado, como ocorreu, não havendo razão jurídica para se renovar o interrogatório da ré, como último ato da instrução.

IV - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP,

é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel^a Min. Ellen Gracie).

V – Ordem denegada (HC 113625/RJ, 2^a Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. em 11.12.2012).

Entretanto, e sem conflito normativo intertemporal, em mais recente e específica decisão, o STF concluiu que, “realizado o interrogatório da recorrente sob o comando previsto no art. 57 da Lei de Drogas, não há razão jurídica para determinar a sua renovação como último ato da instrução”. Saliente alguma tergiversação em relação à Lei de Drogas, a decisão mencionada faz prevalecer o critério da especialidade, a significar interrogatório prévio:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* – PROCESSUAL PENAL – PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.343/2006 – PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – ART. 400 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO – RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO – I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei nº 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel^a Min. Ellen Gracie). IV – Recurso

ordinário improvido (RHC 116713/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 11.06.2013).⁸

À vista do exposto, é possível afirmar que, no âmbito do STF, ainda não se verifica uma posição uníssona em relação à exigência de ser o interrogatório prévio ou posterior à inquirição das testemunhas, inclusive quanto ao tipo de procedimento em que isso deve ser observado, dada a existência de diversos ritos especiais. Mas a situação não se apresenta diversa nos demais Tribunais Superiores, nos quais também ainda impera o dissídio⁹.

Em que pese o foco ser a matriz constitucional, razão pela qual se prioriza o STF, a ausência de uma diretriz firme por parte da nossa Corte Constitucional acaba por favorecer a insegurança jurídica, especialmente no que diz respeito às consequências do ato, pois, a depender da hipótese, poderá (ou não) resultar a nulidade do feito a contar da fase instrutória. Daí mais uma razão a justificar a necessidade de uma sólida fundamentação, designadamente de matriz constitucional, do que nos ocuparemos na sequência, sem, contudo, restringir o espectro argumentativo aos votos proferidos pelos Ministros do STF, embora com os mesmos mantendo necessário diálogo.

3 A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL: MÁXIMA EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA RESPECTIVA DIMENSÃO OBJETIVA

Em uma primeira aproximação, ponderável a tese de que o interrogatório ao final (pelo menos como regra a ser observada pelos Magistrados na condução do processo) decorreria – consoante já apontado – do princípio hermenêutico da máxima eficácia e efetividade da Constituição, que “implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da força normativa da constituição”¹⁰. De modo que, podendo optar por duas

⁸ Em sentido idêntico: HC 121.953/MG, 2ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 10.06.2014.

⁹ No STJ, por exemplo, a tendência, em relação à Lei de Drogas, é no sentido de preponderar o art. 57 da Lei Especial, e.g. HC 267.598/MG, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 13.05.2014 (no caso, havia conexão com a Lei nº 10.826/2003, que segue o rito comum ordinário, e mesmo assim prevaleceu a unidade de processo e julgamento segundo a Lei nº 11.343/2006: interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O sistema constitucional brasileiro. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

regras diversas, prefere-se aquela que mais concretiza – como se dá na hipótese (ao menos, é o que se sustenta enfaticamente) – o direito fundamental à ampla defesa, *a priori* o art. 400 do CPP, mas não inexoravelmente, podendo a estratégia de defesa, pessoal ou técnica, por miríades de razões, optar pelo interrogatório ao início, aspecto que, contudo, será desenvolvido mais adiante. Por outro lado, a simples afirmação genérica e desacompanhada de maior fundamentação à luz do caso ora discutido, de que se está dando cumprimento ao mandamento da interpretação mais favorável a direito fundamental, por si só, pouco nos diz e reclama cuidadosa reflexão adicional.

Nessa perspectiva, há que conciliar o mandamento da máxima eficácia e efetividade em matéria da interpretação/aplicação de normas jusfundamentais com aquilo que se tem designado de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, a par de direitos subjetivos, também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Dito de outro modo, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais¹¹. Desta categoria dogmática, a doutrina e a jurisprudência constitucionais derivam a assim chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo ordenamento jurídico¹². Da dimensão objetiva derivam, ainda, os deveres de proteção do Estado (gradativamente reconhecidos pelo STF, *v.g.*, HC 104410), que, naturalmente, implicam deveres de atuação do Estado (prestação), inclusive no que se pode designar (terceira derivação da dimensão objetiva) por função organizatória e procedimental.

Já na perspectiva das posições subjetivas das quais é investido o titular dos direitos fundamentais, consolidou-se a noção de que tais desdobramentos da dimensão objetiva (deveres de proteção e dimensão organizatória e procedimental) representam espécies do gênero direitos a prestações (ou direitos positivos), visto que seu objeto é o de assegurar ao indivíduo a execução

¹¹ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 1995. p. 133.

¹² Cf., por todos, na doutrina brasileira: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 166 e ss.

(implementação) de procedimentos ou organizações em geral, ou mesmo a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes¹³. Assim, a dimensão objetiva implica, em certa medida, uma subjetivação, ou seja, a *possibilidade de invocar tais efeitos perante o Poder Judiciário, no caso, o direito do réu de exigir a aplicação de normas processuais que mais concretizem seu direito fundamental à ampla defesa*, e, na perspectiva do Estado, o correlato dever de emitir (cuidando-se de hipótese de ausência de lei) e aplicar (o que vale para o Estado-juiz) as normas procedimentais mais adequadas ao efetivo exercício da ampla defesa.

Em suma, com o reforço da positividade constitucional, a partir do disposto no art. 5º, § 1º, da CF e da assim chamada dimensão objetiva e de seus desdobramentos, é possível sustentar a existência – ao lado de um dever de aplicação imediata – de um dever, por parte dos órgãos estatais (mas com ênfase nos órgãos jurisdicionais, a quem incumbe inclusive a revisão dos atos dos demais entes estatais nos casos de violação da Constituição), de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais¹⁴.

Tal dever, de maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais, evidentemente não dispensa o exame criterioso de cada caso e a avaliação do impacto da opção, no caso judicial, de, por força de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais (ainda que não tomada no sentido estrito da técnica de interpretação conforme a constituição), superar a regra legal (frise-se, infraconstitucional!) de caráter especial para aplicação de alternativa mais favorável à ampla defesa e especialmente à defesa pessoal do réu, quando tal opção não implica restrição de outro direito fundamental (o que é precisamente que se verifica na hipótese) ou quando eventual restrição de outro bem de hierarquia constitucional, no âmbito de uma avaliação relacional, atende às exigências da proporcionalidade.

Assim, pode o interrogatório ser realizado ao final da instrução probatória em detrimento do disposto na legislação específica, sem que tal heterotopia comprometa o *telos* da audiência e sem que disso resulte compressão indevida de outros direitos e bens constitucionais. Todavia, muito embora essa – à vista de uma exegese afinada com as exigências dos direitos fundamentais e dos

¹³ Cf. por todos: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 395 e ss.

¹⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 261 e ss.

respectivos deveres de proteção estatais – seja, s.m.j., a melhor resposta para a situação examinada, nada impede, muito antes pelo contrário, que, a pedido da defesa, no concreto exercício do direito fundamental esculpido no inciso LV do art. 5º da CF, o interrogatório aconteça no início da fase instrutória, antes da coleta da prova oral, pena de configurado cerceamento.

De todo modo, há que considerar algumas questões adicionais, designadamente em virtude de suas implicações jurídicas.

Assim, é o caso de se indagar o que ocorre quando o Magistrado condutor do processo criminal não tiver designado o interrogatório ao final e tiver havido requerimento prévio (tempestivo) da defesa nesse sentido. Verificada tal hipótese, será o processo nulo, a contar da audiência? A resposta, em princípio, será sim, considerando-se, no caso, cerceamento da mais ampla defesa.

Além disso, cabe avaliar, no caso ventilado, se está em face de nulidade sanável (relativa) ou insanável (absoluta)? Na esteira do regime das nulidades tal como estabelecido pelo STF, trata-se, todavia, de nulidade relativa, a depender de arguição oportuna (pena de preclusão) e demonstração do prejuízo. Entretanto, é de se aventar indicativo de prejuízo pela perda da oportunidade de exercer a autodefesa de acordo com a estratégia previamente estabelecida, o que deve ser aferido em conjunto com a correlata condenação e trecho da prova oral sobre a qual o réu não pode ofertar sua versão – presunção que não subsistiria, quer nos parecer, em face de confissão espontânea ou exercício do direito constitucional ao silêncio.

Outra interrogação diz com a reiteração do interrogatório, caso realizado no início. Tal providência (reiteração, ao final, do interrogatório realizado no início) supre a irregularidade, havendo, ou não, pedido da defesa nesse sentido? Tem-se que sim, salvo demonstração em contrário, pois, ao fim e ao cabo, oportunizou-se manifestação da defesa pessoal acerca do prova oral colhida.

CONCLUSÃO

Enfim, sem desconsiderar as regras (art. 57 da Lei nº 11.343/2006), a posição externada no presente texto ainda ampara-se na preferência pela lei (art. 400 do Código de Processo Penal) e harmoniza a segurança jurídica, valor forte da normativa processual, com o exercício concreto da ampla defesa, outro pilar constitucional do Estado Democrático de Direito e que possibilita a pacificação social com justiça, aqui compreendida como aquela que emerge do contraditório, na trilha do devido processo legal substancial e afinado com as exigências da ampla defesa.