Supremo garante presença de réu preso em audiência

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, determinou o adiamento de audiência marcada para esta quarta-feira (14/9), pela 5ª. Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, de processo contra Luís Fernando da Costa, o traficante Fernandinho Beira-Mar. A medida cautelar em Habeas Corpus visa a garantir a presença do traficante na audiência e preservar seu pleno direito de defesa. Por medida de segurança, a Justiça Federal do Rio havia decidido fazer a audiência sem a presença de Beira-Mar.

Citando sólida e vasta referência doutrinária, Celso de Mello sustenta que "o acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório".

O ministro diz ainda serem "irrelevantes, para esse efeito, 'as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País', eis que 'alegações de mera conveniência administrativa não têm – e nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição'".

Celso de Mello reconheceu que o Supremo tem adotado posição diferente em casos como este e negado a necessidade de o réu preso comparecer a audiência de seu interesse. "A despeito dessa diretriz consagrada pela jurisprudência desta Suprema Corte, em relação à qual guardo respeitosa divergência, tenho para mim que a magnitude do tema constitucional versado na presente impetração impõe que se conceda a medida cautelar ora postulada, para impedir que se desrespeite uma garantia instituída pela Constituição da República em favor de qualquer réu", afirma.

Ao conceder a medida cautelar, o ministro afirma ainda que o julgamento do mérito do Habeas Corpus dará oportunidade ao Supremo para uma "reapreciação de sua diretriz jurisprudencial, quer para mantê-la, quer para revê-la".

HC 86.634-4

Leia a íntegra do voto de Celso de Mello

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 86.634-4 RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

PACIENTE(S): LUIZ FERNANDO DA COSTA

IMPETRANTE(S): MARCO AURÉLIO TORRES SANTOS

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HABEAS CORPUS Nº 46.974 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

JUSTIÇA

EMENTA: A **GARANTIA CONSTITUCIONAL** DA PLENITUDE DE DEFESA: **UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS** DA CLÁUSULA DO *"DUE PROCESS OF LAW"* . CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: **DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA** (DIREITO DE AUDIÊNCIA **E** DIREITO DE PRESENÇA). **PACTO INTERNACIONAL** SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ART. 14, N. 3, "**D**") **E CONVENÇÃO AMERICANA** DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ART. 8º, § 2º, "**D**" E "**F**"). **DEVER DO ESTADO** DE ASSEGURAR, **AO RÉU PRESO**, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, **ESPECIALMENTE A DE COMPARECER** À AUDIÊNCIA DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS, **AINDA** MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. **RAZÕES** DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA **OU** GOVERNAMENTAL **NÃO PODEM LEGITIMAR** O DESRESPEITO **NEM COMPROMETER** A EFICÁCIA **E** A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL. **DOUTRINA. PRECEDENTES**. MEDIDA CAUTELAR **DEFERIDA**.

DECISÃO: Não obstante a incidência, na espécie, da Súmula 691/STF, **não posso ignorar** que os fundamentos **que dão suporte** a esta impetração **revestem-se** de inquestionável plausibilidade jurídica, **pois** o caso ora em exame **põe em evidência** uma controvérsia impregnada **da mais alta** relevância constitucional, **consistente** no pretendido reconhecimento **de que assiste**, ao réu preso, **sob pena** de nulidade absoluta, **o direito de comparecer**, mediante requisição do Poder Judiciário, **à audiência de instrução processual** em que serão inquiridas testemunhas **arroladas pelo Ministério Público**.

Tenho sustentado, nesta Suprema Corte, **com apoio** em autorizado magistério doutrinário (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "**Processo Penal**", vol. 3/136, 10ª ed., 1987, Saraiva; FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, "**Processo Penal – O Direito de Defesa**", p. 240, 1986, Forense; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, "**Acusação, Defesa e Julgamento**", p. 261/262, item n. 17, **e** p. 276, item n. 18.3, 2001, Millennium; ADA PELLEGRINI GRINOVER, "**Novas Tendências do Direito Processual**", p. 10, item n. 7, 1990, Forense Universitária; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, "**Processo Penal Constitucional**", p. 280/281, item n. 26.10, 3ª ed., 2003, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**", p. 189, item n. 7.2, 2ª ed., 2004, RT; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "**Direito à Prova no Processo Penal**", p. 154/155, item n. 9, 1997, RT; VICENTE GRECO FILHO, "**Tutela Constitucional das Liberdades**", p. 110, item n. 5, 1989, Saraiva; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "**Direito Processual Penal**", vol. 1/431-432, item n. 3, 1974, Coimbra Editora, **v.g.**), **que o acusado**, embora preso, **tem o direito de comparecer**, de assistir **e** de presenciar, **sob pena** de nulidade absoluta, os atos processuais, **notadamente** aqueles que se produzem na fase **de instrução** do processo penal, **que se realiza**, sempre, **sob a égide** do contraditório, **sendo irrelevantes**, para esse efeito, "*(…)* ***as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência*** *de proceder à remoção de acusados presos* ***a outros pontos*** *do Estado* ***ou*** *do País"*, **eis que** "*(…) alegações de mera conveniência administrativa* ***não têm*** *— e nem podem ter —* ***precedência*** *sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito* ***ao que determina*** *a Constituição"* (**RTJ 142/477-478**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Esse entendimento, embora minoritário **neste** Tribunal, **tem por suporte** o reconhecimento — **fundado na natureza dialógica** do processo penal acusatório, **impregnado**, em sua estrutura formal, de caráter **essencialmente** democrático (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**O Processo Penal na Atualidade**", "*in*" "Processo Penal e Constituição Federal", p. 13/20, 1993, APAMAGIS/Ed. Acadêmica) — **de que o direito de audiência**, de um lado, **e o direito de presença do réu**, de outro, **esteja ele preso** ou não, **traduzem** prerrogativas jurídicas **que derivam** da garantia constitucional do "*due process of law*" **e que asseguram**, por isso mesmo, ao acusado, **o direito de comparecer** aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, **ainda** que situado este **em local diverso** daquele **em que esteja custodiado** o réu.

Vale referir, neste ponto, ante a extrema **pertinência** de suas observações, **o douto magistério** de ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ ("**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**", p. 132/133, item n. 5.1, 2002, Atlas):

*"A **possibilidade** de que o próprio acusado intervenha, **direta e pessoalmente**, na realização **dos atos processuais, constitui**, assim, **a autodefesa** (…).*

Saliente-se que a autodefesa **não se resume** à participação do acusado no interrogatório judicial, **mas há de estender-se** a todos os atos de que o imputado participe. (…).

Na verdade, **desdobra-se a autodefesa em 'direito de audiência' e em 'direito de presença'**, é dizer, **tem o acusado** o direito de ser ouvido e falar **durante** os atos processuais (…),**bem assim o direito de assistir à realização** dos atos processuais, **sendo dever do Estado facilitar** seu exercício, **máxime** quando o imputado se encontre preso, **impossibilitado** de livremente deslocar-se ao fórum." (**grifei**)

Incensurável, por isso mesmo, **sob tal perspectiva**, a decisão **desta** Suprema Corte, de que foi Relator o eminente Ministro LEITÃO DE ABREU, em acórdão assim ementado (**RTJ** 79/110):

*"**Habeas Corpus**. Nulidade processual. **O direito de estar presente à instrução criminal, conferido ao réu, assenta na cláusula constitucional que garante ao acusado ampla defesa. A violação desse direito importa nulidade absoluta**, e não simplesmente relativa, **do processo**.*

…….

Nulidade do processo a partir dessa audiência.

Pedido **deferido**." (**grifei**)

Cumpre destacar, nesse **mesmo** sentido, **inúmeras** outras decisões emanadas **deste** Supremo Tribunal Federal, **que consagraram** entendimento **hoje não mais** prevalecente **nesta** Corte (**RTJ** 64/332 – **RTJ** 66/72 – **RTJ** 70/69 – **RTJ** 80/37 – **RTJ** 80/703), **cabendo registrar**, por relevante, **julgamento** em que esta Suprema Corte **reconheceu essencial a presença** do réu preso **na audiência** de inquirição de testemunhas arroladas pelo órgão da acusação estatal, **sob pena de ofensa** à garantia constitucional da

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

plenitude de defesa:

"***'Habeas corpus'. Nulidade processual. O direito de estar presente*** à instrução criminal, **conferido** ao réu e seu defensor, **assenta no princípio do contraditório. Ao lado da defesa técnica**, confiada a profissional habilitado, **existe** a denominada autodefesa, **através da presença do acusado aos atos processuais**. (…)."

(**RTJ 46/653**, Rel. Min. DJACI FALCÃO – **grifei**)

Essa orientação, hoje minoritária **nesta** Suprema Corte (**que não vislumbra** a ocorrência de nulidade absoluta **na preterição** dessa formalidade essencial), **reflete-se** no magistério jurisprudencial **de outros** Tribunais (**RT** 522/369 – **RT** 537/337 – **RT** 562/346 – **RT** 568/287 – **RT** 569/309 – **RT** 718/415):

"*O **direito** conferido ao réu **de estar presente à instrução criminal** assenta-se na cláusula constitucional **que garante** ao acusado **ampla defesa. A violação desse direito importa nulidade absoluta**, e não apenas relativa, **do processo**.*"

(**RT 607/306**, Rel. Des. BAPTISTA GARCIA – **grifei**)

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, **analisada a função defensiva** sob uma perspectiva global, **que o direito de presença do réu** na audiência de instrução penal, **especialmente** quando preso, **além de traduzir** expressão concreta do direito de defesa (**mais especificamente** da prerrogativa de autodefesa), **também encontra** suporte legitimador **em convenções internacionais** que proclamam **a essencialidade** dessa franquia processual, **que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios **e** de normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal, **mesmo** que se trate de réu processado por **suposta** prática de crimes hediondos **ou** de delitos a estes equiparados.

A justa preocupação da comunidade internacional **com a preservação** da integridade das garantias processuais básicas **reconhecidas** às pessoas **meramente acusadas** de práticas delituosas **tem representado, em tema** de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos **mais** sensíveis **e** delicados da agenda dos organismos internacionais, **seja** em âmbito regional, **como** o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, "**d**" **e** "**f**"), **aplicável** ao sistema interamericano, **seja** em âmbito universal, **como** o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 3, "**d**"), **celebrado** sob a égide da Organização das Nações Unidas, **e que representam** instrumentos **que reconhecem**, a qualquer réu, **dentre** outras prerrogativas eminentes, **o direito de comparecer e de estar presente** à instrução processual, **independentemente** de achar-se sujeito, ou não, à custódia do Estado.

Devo reconhecer, no entanto, **lealmente**, que esse entendimento **já não mais prevalece** na jurisprudência desta Corte (**RTJ** 137/720 – **RTJ** 139/161 – **RTJ** 139/519 – **RTJ** 152/533 – **RTJ** 175/1065, **v.g.**), **consoante evidencia** recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual — **fiel** à minha pessoal convicção — **restei vencido** como Relator **originário** da causa, **pois entendia** revelar-se essencial **e** imprescindível, **tratando-se** de réu preso, a sua requisição **para comparecer e assistir**

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

à instrução processual, **sob pena** de nulidade absoluta:

"***Recurso ordinário*** *em habeas corpus.* ***2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Prescindibilidade*** *da requisição do réu preso,* ***sendo bastante*** *a intimação do defensor da expedição da carta precatória.* ***4. Desnecessidade*** *de intimação do advogado da data da inquirição da testemunha.* ***5. Precedentes. 6.*** *Recurso* ***desprovido****.*"

(**RHC 81.322/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES — **grifei**)

A despeito dessa diretriz consagrada pela jurisprudência desta Suprema Corte, **em relação** à qual guardo **respeitosa** divergência, **tenho para mim que a magnitude do tema constitucional versado** na presente impetração **impõe que se conceda** a medida cautelar ora postulada, **seja para impedir que se desrespeite** uma garantia instituída pela Constituição da República **em favor** de **qualquer** réu, **seja para evitar** eventual declaração de nulidade do processo penal **instaurado** contra o ora paciente **e em curso** perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Com o deferimento desse provimento cautelar, **permitir-se-á**, ao Supremo Tribunal Federal, **a reapreciação** de sua diretriz jurisprudencial, **quer** para mantê-la, **quer** para revê-la.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, **defiro** o pedido de medida cautelar, **para suspender**, provisoriamente, **até final julgamento** da presente ação de "*habeas corpus*", **o andamento** do Processo-crime nº 2004.5101508953-0 (5ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro), **sustando**, inclusive, **a realização** da audiência de instrução **já designada** para o próximo dia 14 de setembro de 2005 (fls. 118).

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao eminente Senhor Ministro-Relator do HC 46.974 (STJ), ao E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (HC 2005.02.01.007978-0), ao MM. Juiz da 5ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (Processo-crime nº 2004.5101508953-0) **e** ao Senhor Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal.

2. **Feitas** as comunicações acima determinadas, voltem-me **conclusos** os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 12 de setembro de 2005.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Date Created
12/09/2005

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.