



Advogado tem de participar do interrogatório de acusados

Advogado tem o direito fundado em cláusulas constitucionais (artigo 5º, incisos LIV e LV da CF) de formular perguntas para os co-réus em audiência. Mas eles não estão obrigados a respondê-las porque são detentores da prerrogativa de não se auto-incriminarem. O entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal foi confirmado pelo ministro Celso de Mello. Ele acolheu o pedido de liminar em Habeas Corpus e mandou trancar a Ação Penal contra um réu porque seu advogado não participou das audiências em que foram ouvidos os co-réus do processo.

“O desrespeito a essa franquia individual do réu, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta”, afirmou o ministro.

O pedido de Habeas Corpus foi ajuizado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que na análise da liminar negou o trancamento da ação. A defesa do acusado apelou ao STF. Pediu o afastamento da Súmula 691 da Corte — que impede a análise de pedidos de Habeas Corpus que vão contra decisão liminar de ministro de outro tribunal superior — e o trancamento da Ação Penal por violação do direito de defesa.

Celso de Mello acolheu o pedido. Considerou que superar a Súmula 691 nesse caso era assegurar ao réu os direitos básicos como devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes e à garantia da imparcialidade do juiz.

“A essencialidade dessa garantia de ordem jurídica reveste-se de tamanho significado e importância no plano das atividades de persecução penal que ela se qualifica como requisito legitimador da própria ‘*persecutio criminis*’. Daí a necessidade de se definir o alcance concreto dessa cláusula de limitação que incide sobre o poder persecutório do Estado”, afirmou Celso de Mello.

Quanto ao trancamento da Ação Penal, pelo fato de o advogado não ter podido fazer perguntas nas audiências dos co-réus, Celso de Mello explicou que “a ampla defesa e o contraditório exigem a participação dos defensores de co-réus no interrogatório de todos os acusados”.

“Cada litisconsorte penal passivo tem o direito, fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV), de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares”, concluiu o ministro.

Leia o voto

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 94.601-1 CEARÁ

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO



PACIENTE(S): VICTOR ARES GONZALEZ

IMPETRANTE(S): JOSÉ OSVALDO ROTONDO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): RELATORA DO HABEAS CORPUS Nº 93125 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL). O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS”. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. NATUREZA JURÍDICA. POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES. PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTE DO STF (PLENO). MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

– **Assiste**, a cada um dos litisconsortes penais passivos, **o direito – fundado** em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, **incisos** LIV e LV) – **de formular reperguntas aos demais** co-réus, que, no entanto, **não estão obrigados** a respondê-las, em face da prerrogativa **contra** a auto-incriminação, de que **também** são titulares. **O desrespeito** a essa franquia individual do réu, **por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional** do direito de defesa, **qualifica-se** como causa geradora de nulidade processual absoluta. **Doutrina. Precedentes do STF.**

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*”, **com pleito** de ordem cautelar, **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministra de Tribunal Superior da União, que, **em sede de outra ação** de “*habeas corpus*” **então em curso** no Superior Tribunal de Justiça (HC 93.125/CE), **denegou medida liminar** que lhe havia sido requerida **em favor** do ora paciente.

Os ora impetrantes **alegam inobservância** do devido processo legal **em relação** ao ora paciente, **pelos seguintes fundamentos** (fls. 03):

“**A) em razão** de ter sido produzido depoimentos judiciais de pessoas envolvidas com a conduta imputada ao paciente antes dele ser citado; **B) não ter sido** oportunizado aos advogados constituídos pelo paciente a presença na audiência de interrogatório dos co-réus; **C) o paciente** ter sido citado e interrogado em menos de 24 horas; **D) por ter sido nomeado** advogado ‘ad doc’ para acompanhar os interrogatórios do co-réu **à revelia** da manifestação pessoal do paciente.” (grifei)

Presente tal contexto, impende verificar, desde logo, **se** a situação processual versada nestes autos



justifica, **ou não**, o afastamento, **sempre excepcional**, da Súmula 691/STF.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, **ainda** que em caráter extraordinário, **tem admitido o afastamento**, “*hic et nunc*”, da Súmula 691/STF, **em hipóteses** nas quais a decisão questionada **divirja** da jurisprudência **predominante** nesta Corte **ou**, então, **veicule** situações **configuradoras** de abuso de poder **ou** de manifesta ilegalidade (HC 85.185/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 86.634-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 86.864-MC/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – HC 87.468/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 89.025-MC-AgR/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 90.112-MC/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Parece-me que a situação exposta **nesta** impetração **ajustar-se-ia** às hipóteses **que autorizam** a superação do obstáculo representado pela Súmula 691/STF. **Passo**, em consequência, **a examinar** a postulação cautelar ora deduzida **nesta** sede processual.

É que se **impõe**, ao Judiciário, **o dever de assegurar**, ao réu, **os direitos básicos** que resultam do postulado do *devido processo legal*, **notadamente** as prerrogativas inerentes **à garantia** da ampla defesa, **à garantia** do contraditório, **à igualdade** entre as partes perante o juiz natural **e à garantia** de imparcialidade do magistrado processante.

A essencialidade dessa garantia de ordem jurídica **reveste-se** de tamanho significado **e** importância **no plano** das atividades de persecução penal **que ela se qualifica** como requisito **legitimador** da própria “*persecutio criminis*”.

Daí a necessidade de se definir o alcance concreto **dessa cláusula de limitação** que incide sobre o poder persecutório do Estado.

O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar** alguns elementos essenciais à sua própria configuração, **destacando-se**, dentre eles, por sua inquestionável importância, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (**garantia** de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação **e** ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, **sem** dilações indevidas; (d) **direito** ao contraditório **e** à plenitude de defesa (direito à autodefesa **e** à defesa técnica); (e) **direito de não ser** processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) **direito** à igualdade entre as partes; (g) **direito** de **não** ser processado **com fundamento** em provas **revestidas** de ilicitude; (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** ao silêncio (**privilégio** contra a auto-incriminação); (l) **direito à prova**; **e** (m) **direito** de presença e de “*participação ativa*” nos atos de interrogatório judicial **dos demais** litisconsortes penais passivos, **quando existentes**.

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, **analisada a função defensiva** sob uma perspectiva global, **que o direito do réu** à observância, pelo Estado, **da garantia** pertinente ao “*due process of law*”, **além de traduzir** expressão concreta do direito de defesa, **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 por suposta prática de delitos a ele atribuídos.

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), **aplicável** ao sistema interamericano, **seja** em âmbito global, **como** o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14), **celebrado** sob a égide da Organização das Nações Unidas, **e que representam** instrumentos **que reconhecem**, a qualquer réu, **dentre** outras liberdades eminentes, **o direito** à plenitude de defesa **e às demais** prerrogativas que derivam **da cláusula** concernente à garantia do devido processo.

Tendo em consideração as prerrogativas básicas **que derivam** da cláusula constitucional do “*due process of law*”, **passo a examinar** o pedido de medida cautelar **ora formulado** nesta sede processual.

E, ao fazê-lo, **entendo que a magnitude do tema constitucional versado** na presente impetração **impõe que se conceda** a presente medida cautelar, **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 em referência, **ora em curso** perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará (11ª Vara Federal).

A questão suscitada nesta causa **concerne** ao debate **em torno** da possibilidade jurídica **de um** dos litisconsortes penais passivos, **invocando** a garantia do “*due process of law*”, **ver assegurado** o seu direito de formular **reperguntas** aos **co-réus**, **quando** do respectivo interrogatório judicial.

Daí as razões que dão suporte **à presente** impetração **deduzida** em favor de réu que **pretende ver respeitado**, em procedimento penal **contra** ele instaurado, **o direito à plenitude de defesa e ao tratamento paritário** com o Ministério Público, **em ordem a que se lhe garanta**, por intermédio de seus Advogados, o direito “*(...) de estar presente na audiência de colheita de provas contra si, oferecendo por meio de seu defensor a necessária contradita, bem como no direito de ser citado de forma a possibilitar o conhecimento não só da peça acusatória, mas também de todos os elementos incriminativos colhidos durante a fase inquisitiva (...)*” (fls. 24).

Não foi por outro motivo que os ora impetrantes, **para justificar** sua pretensão, **buscam**, por este meio processual, **que se permita** a observância dos “*(...) princípios constitucionais concernentes ao devido processo legal, cujo interesse de preservação é público e não está restrito às partes, mas representa antes de mais nada, o interesse estatal de que a função jurisdicional seja exercida dentro de um processo justo, imparcial, em que seja garantido paridade de forças entre os litigantes com a possibilidade ampla do acusado em defender-se no litígio, afinal é ele o maior interessado na colheita da prova*” (fls. 24).

As razões ora expostas **justificam** – ao menos em juízo **de estrita** delibação – **a plausibilidade jurídica**



da pretensão deduzida **nesta** sede processual, **especialmente se se considerar** o precedente **que o Plenário** desta Suprema Corte **firmou** no exame da matéria:

“(...) AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA (...). INTERROGATÓRIOS (...). PARTICIPAÇÃO DOS CO-RÉUS. CARÁTER FACULTATIVO. INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES NO JUÍZO DEPRECADO.

.....

É legítimo, em face do que dispõe **o artigo 188 do CPP**, **que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus.**

Deve ser franqueada à defesa **de cada réu a oportunidade de participação** no interrogatório **dos demais co-réus, evitando-se** a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência (...).”

(AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

Ninguém ignora a importância de que se reveste, **em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial**, cuja natureza jurídica permite qualificá-lo, **notadamente após o advento** da Lei nº 10.792/2003, **como ato de defesa** (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v. g.), **ainda que passível** de consideração, **embora** em plano secundário, **como fonte de prova**, em face **dos elementos de informação** que dele emergem.

Essa **particular** qualificação jurídica do interrogatório judicial, **ainda** que nele se veja um ato **simultaneamente** de defesa e de prova (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 510, item n. 185.1, 11ª ed., 2007, Atlas, v.g.), **justifica o reconhecimento** de que se revela possível, **no plano** da *persecutio criminis in judicio*, “(…) **que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus (...)**” (AP 470-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **Pleno – grifei**).

Esse entendimento **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **firmou** no precedente referido **reflete-se**, por igual, **no magistério da doutrina**, **como resulta claro** da lição de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (“Curso de Processo Penal”, p. 29, item n. 3.1.4, 9ª ed., 2008, Lumen Juris):

“Embora ainda haja defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base.



É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da ‘garantia de participação’, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.

E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica – do advogado – de co-réu durante o interrogatório de ‘todos os acusados’. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele co-réu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de co-réus no interrogatório de ‘todos os acusados’.” (grifei)

Esse mesmo entendimento, por sua vez, é perfilhado por ANTONIO SCARANCE FERNANDES (“Prova e sucedâneos da prova no processo penal”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 66, p. 224, item n. 12.2):

“(...) Ressalta-se que, em virtude de recente reforma do Código, o advogado do co-réu tem direito a participar do interrogatório e formular perguntas.” (grifei)

Igual percepção do tema é revelada por AURY LOPES JR (“Direito Processual e sua Conformidade Constitucional”, vol. I/603-605, item n. 2.3, 2007, Lumen Juris):

“No que tange à disciplina processual do ato, cumpre destacar que – havendo dois ou mais réus – deverão eles ser interrogados separadamente, como exige o art. 191 do CPP. Aqui existe uma questão muito relevante e que não tem obtido o devido tratamento por parte de alguns juízes, até pela dificuldade de compreensão do alcance do contraditório inserido nesse ato, por força da Lei nº 10.792/2003, que alterou os arts. 185 a 196 do CPP.

Até essa modificação legislativa, o interrogatório era um ato pessoal do juiz, não submetido ao contraditório, pois não havia qualquer intervenção da defesa ou acusação.

Agora a situação é radicalmente distinta. Tanto a defesa como a acusação podem formular perguntas ao final. Isso é manifestação do contraditório.

Nessa linha, discute-se a possibilidade de a defesa do co-réu fazer perguntas no interrogatório. Pensamos que, principalmente se as teses defensivas forem colidentes, deve o juiz permitir o contraditório pleno, com o defensor do outro co-réu (também) formulando perguntas ao final. Ou seja, deve o juiz admitir que o defensor do interrogando formule suas perguntas ao final, mas também deve permitir que o advogado do(s) outro(s) co-réu(s) o faça. Contribui para essa exigência o fato de que à palavra do co-réu é dado, pela maioria da jurisprudência, o valor probatório similar ao de prova testemunhal.” (grifei)

Observe, finalmente, que essa orientação vem de ser reafirmada em recentíssimo julgamento emanado



da colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, que, **ao decidir o HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **reiterou** o entendimento **de que cada** litisconsorte penal passivo **tem o direito, fundado** em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, **incisos LIV e LV**), **de formular** reperguntas **aos demais** co-réus, que, no entanto, **não estão obrigados** a respondê-las, **em face** da prerrogativa **contra** a auto-incriminação, de que **também** são titulares.

As razões que venho de expor, como ora salientado **nesta** decisão, **convencem-me** da absoluta plausibilidade jurídica **de que se acha impregnada** a pretensão **deduzida** pelos ilustres impetrantes, **notadamente** porque referida postulação **tem integral suporte** em precedentes firmados **por esta** Suprema Corte (**AP 470-AgR/MG**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Concorre, por igual, **o requisito** concernente ao “*periculum in mora*”, que foi **adequadamente** demonstrado **na presente** impetração (fls. 27/28).

Sendo assim, em face das razões expostas, **defiro** o pedido de medida liminar, **em ordem a suspender**, cautelarmente, **até final** julgamento da **presente** ação de “*habeas corpus*”, **o andamento do Processo-crime** nº 2006.81.00.009709-1, **ora em tramitação** perante a 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará.

Comunique-se, com urgência, **encaminhando-se** cópia da presente decisão **ao** E. Superior Tribunal de Justiça (**HC 93.125/CE**), **ao** E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (**HC nº 2007.05.00.057218-1**) e **ao** Senhor Juiz da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará (**Processo** nº 2006.81.00.009709-1).

2. **Ouça-se** a douta Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 24 de outubro de 2008.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Date Created

29/10/2008