

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

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 "E") 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 INQUIRIDAÇÃO 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. **DOCTRINA. 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 requisitos 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 e 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 qualquer precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição* (RTJ 142/477-478, Rel. Min. CELSO

DE MELLO).

Esse entendimento, embora minoritário neste Tribunal, **tem por suporte** o reconhecimento **fundado na natureza dialéctica** do processo penal acusatório, **impregnado**, em sua estrutura formal, de caráter **essencialmente democrático** (JOSÉ FREDERICO MARQUES, **O Processo Penal na Atualidade**, 2ª ed., 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 magistrado** 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**, **o réu 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, **mas há de estender-se** quando o imputado se encontra 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)**

Cumprir 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, **juízo**

em que esta Suprema Corte **reconheceu essencial a presença** do réu preso **na audiência** de inquirição de testemunhas arroladas pelo Ministério da acusação estatal, **sob pena de ofensa à** garantia constitucional da 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 demais 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, **aplicável** ao sistema interamericano, **seja** em âmbito universal, **como** o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n. 3, **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** e **RTJ 139/161** e **RTJ 139/519** e **RTJ 152/533** e **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** à instrução processual, **sob pena** de nulidade absoluta:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Precindibilidade 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 e 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 o 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