

16/11/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 95.106 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : EDNALDO FARIA FERREIRA OU EDINALDO FARIA
FERREIRA
IMPTE.(S) : LUIZ CARLOS DA SILVA NETO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus. 2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Desnecessidade de intimação do advogado da data da inquirição da testemunha pelo Juízo deprecado. 4. No caso concreto, entendeu-se pela necessidade da requisição do réu preso, que se encontrava a poucos metros de distância do fórum, onde realizada a audiência. 5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de novembro de 2010.

Ministro GILMAR MENDES
Presidente e Relator
Documento assinado digitalmente.



05/10/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 95.106 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S)	: EDNALDO FARIA FERREIRA OU EDINALDO FARIA FERREIRA
IMPTE.(S)	: LUIZ CARLOS DA SILVA NETO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por LUIZ CARLOS DA SILVA NETO, em favor de EDNALDO FARIA FERREIRA ou EDINALDO FARIA FERREIRA, contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC n. 41.036/RJ.

Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 20 anos e 6 meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, parte final, do CP. Contra essa decisão a defesa apelou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao argumento de imprestabilidade do depoimento testemunhal de Sueli Pereira Teles, tendo, por maioria, sido negado provimento ao recurso. Opostos embargos infringentes e de nulidade, estes foram desprovidos.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, sustentando a nulidade do processo. A ordem foi denegada.

Neste *habeas*, a defesa reitera a alegação de nulidade do processo, dada a imprestabilidade da prova testemunhal. Sustenta, em síntese, os seguintes vícios: (i) incompetência do Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, para colher o depoimento de Sueli Pereira Teles, em razão do local do seu domicílio; (ii) não intimação da defesa técnica da data da realização da audiência; e (iii) falta de requisição do paciente, que se encontrava preso, para estar presente na audiência da testemunha de acusação.

Assim, requer a concessão da ordem, no intuito de que seja anulado

HC 95.106 / RJ

o processo-crime desde a oitiva da testemunha de acusação.

O pleito liminar foi indeferido pelo Min. Cezar Peluso, então relator deste *writ* (fl. 164-165).

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 184-193).

É o relatório.

05/10/2010**SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 95.106 RIO DE JANEIRO**

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S)	: EDNALDO FARIA FERREIRA OU EDINALDO FARIA FERREIRA
IMPTE.(S)	: LUIZ CARLOS DA SILVA NETO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADIAMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Senhores Ministros, diante de aspectos ressaltados na sustentação e tendo em vista, talvez, a necessidade de rediscutir aspectos da nossa jurisprudência, vou indicar adiamento do caso.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 95.106**

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : EDNALDO FARIA FERREIRA OU EDINALDO FARIA FERREIRA

IMPTE.(S) : LUIZ CARLOS DA SILVA NETO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após a sustentação oral o Relator indicou adiamento. Decisão unânime. Falou, pelo paciente, o Dr. Luiz Carlos da Silva Neto. **2ª Turma**, 05.10.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

16/11/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 95.106 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta a nulidade do processo, desde a oitiva da testemunha de acusação, dada a imprestabilidade da prova testemunhal. Alega, em síntese, os seguintes vícios: (i) incompetência do Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, para colher o depoimento de Sueli Pereira Teles, em razão do local do seu domicílio; (ii) não intimação da defesa técnica da data da realização da audiência; e (iii) falta de requisição do paciente, que se encontrava preso, para estar presente na audiência da testemunha de acusação.

Quanto à primeira alegação, entendo não assistir razão à defesa. Consoante se extrai dos autos, a testemunha Sueli Pereira Teles, por ocasião do depoimento prestado ao delegado da 9ª Delegacia de Polícia do Rio de Janeiro, cientificou residir no Município de Duque de Caxias. No ponto, ressalto que, somente após o cumprimento da referida diligência, o Juízo da 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro teve ciência do novo endereço de trabalho da testemunha. Nesse sentido, colho trecho da sentença condenatória:

“A testemunha Sueli, inquirida por precatória porque até então havia nos autos apenas seu endereço em Duque de Caxias, única localidade em que, por ser o da sua residência, estava obrigada a depor, não deixa a menor dúvida sobre a autoria.” (fl. 66).

Nesses termos, tramitando a ação penal movida contra o paciente no Juízo da 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, não há qualquer ilegalidade na expedição da carta precatória para sua oitiva em Juízo diverso.

No que tange à alegação de não intimação da defesa técnica quanto à data da realização da audiência, entendo que a decisão proferida pelo

HC 95.106 / RJ

Superior Tribunal de Justiça está em consonância com o sufragado por este Supremo Tribunal Federal. De fato, é assente o entendimento desta Corte no sentido da prescindibilidade de intimação do advogado do réu da data de inquirição da testemunha em outra comarca, sendo necessária somente a intimação da expedição da carta precatória, e cabendo às partes acompanhar o cumprimento dessa no juízo deprecado, inclusive os seus incidentes. Por oportuno, transcrevo alguns precedentes:

“ HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO JUÍZO DEPRECADO. REQUISIÇÃO DE RÉU PRESO. DESNECESSIDADE. A ausência de requisição de réu preso para acompanhar a oitiva de testemunha no juízo deprecado não consubstancia constrangimento ilegal. Havendo ciência da expedição da carta precatória, como no caso se deu, cabe ao paciente ou a seu defensor acompanhar o andamento do feito no juízo deprecado. Ordem denegada”. – (HC n. 93.598/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 21.5.2010).

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTIMAÇÃO DA DEFESA DA DATA DA AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA. DESNECESSIDADE. PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. DECISÃO DE ADMISSÃO DAS QUALIFICADORAS SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADA. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. No presente *habeas corpus* os impetrantes colocam as seguintes teses, também argüidas perante o Superior Tribunal de Justiça: a) nulidade absoluta em razão da ausência de intimação da defesa técnica acerca de depoimento de testemunha prestado por carta precatória; b) violação aos arts. 239, 381, III e 408, do Código de Processo Penal, face à total ausência de indícios de autoria; c) ausência de fundamentação mínima do Juízo pronunciante no reconhecimento de duas qualificadoras; e d)

HC 95.106 / RJ

excesso de linguagem no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela defesa. 2. No que se refere especificamente à intimação da defesa quanto à data da audiência para oitiva de testemunha no juízo deprecado, registro que a jurisprudência consolidada desta Corte Suprema já assentou que "A ausência de intimação para a oitiva de testemunhas no juízo deprecado não consubstancia nulidade (precedentes). Havendo ciência da expedição da carta precatória, como no caso, cabe ao paciente ou a seu defensor acompanhar o andamento no juízo deprecado" (HC 89.159/SP, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 13.10.2006). Precedentes: HC 87.027/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 03.02.2006; HC 84.655/RO, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 04.02.2005; HC 82.888/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 06.06.2003) 3. No que tange à pronúncia, a decisão considerou exatamente a existência do crime e de indícios de que o paciente teria participado do homicídio (art. 408, CPP), não sendo caso de se esperar um juízo de certeza a esse respeito diante da soberania do tribunal do júri. 4. Quanto à admissão das qualificadoras, a decisão do Juiz de primeiro grau, apesar de sucinta, está satisfatoriamente fundamentada. 5. Da leitura do voto de fls. 136/139, verifica-se que a eminente Desembargadora apenas justificou, com moderação e linguagem adequada, os motivos do seu convencimento em relação à materialidade e aos indícios da autoria. 6. *Habeas corpus* denegado". – (HC n. 96.026/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 6.2.2009)

"PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. PROCESSO-CRIME NO QUAL FOI ASSEGURADO AO ACUSADO O MAIS AMPLO EXERCÍCIO AO DIREITO DE DEFESA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há como acolher, na via de verdadeiro atalho que é o *habeas corpus*, a tese da atipicidade da conduta imputada ao paciente. Tese embasada na alegação de que a ação dele, paciente, não foi dolosa. A ação

HC 95.106 / RJ

constitucional de proteção da liberdade de ir e vir dos indivíduos não é o espaço processual próprio para o revolvimento do quadro empírico da causa. Quadro que, segundo as instâncias judicantes competentes, é revelador da conduta de "colocar moeda falsa em circulação" (inciso I do § 1º do art. 289 do CP). 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, expedida a carta precatória, cabe aos interessados o seu acompanhamento. No caso, a defesa foi intimada da expedição da carta precatória, e o ato impugnado foi acompanhado por defensor dativo. Sobremais, o prejuízo arguido pela defesa não se me parece configurado, pois o depoimento combatido nem sequer embasou o decreto condenatório. 3. Não há nulidade a ser reparada quanto às razões recursais defensivas. Razões, inclusive, que foram parcialmente acolhidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 4. Recurso a que se nega provimento". (RHC 93.817, Min. Ayres Britto, DJ 28.8.2009).

Por sua vez, a questão atinente à necessidade de requisição do paciente, que se encontrava preso, para estar presente à audiência da testemunha, a despeito de já ter sido amplamente discutida no âmbito desta Suprema Corte, merece reflexão no caso concreto.

De fato, é possível colher pronunciamentos deste Supremo Tribunal Federal no sentido de ser prescindível a requisição do réu preso para acompanhar a inquirição de testemunha no Juízo deprecado, bastando que o defensor tenha sido intimado da expedição da carta precatória. Confira-se:

"PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO EM AUDIÊNCIAS DEPRECADAS PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE REQUISIÇÃO DO ACUSADO AO JUÍZO PROCESSANTE. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO À DEFESA. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO

HC 95.106 / RJ

EFETIVO. ORDEM DENEGADA. I - A alegação de necessidade da presença do réu em audiências deprecadas, estando ele preso, configura nulidade relativa, devendo-se, comprovar a oportuna requisição e também a presença de efetivo prejuízo à defesa. II - O pedido, no caso, foi indeferido motivadamente pelo juiz de primeiro grau, diante das peculiaridades do caso concreto, em especial diante da periculosidade do réu, e da ausência de efetivo prejuízo. III - Ordem denegada”.

“*Habeas corpus*. - A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que é prescindível a requisição do réu preso para acompanhar inquirição de testemunha em juízo deprecado, bastando que o defensor, como no caso o foi, tenha sido intimado da expedição da carta precatória, bem como de que não há necessidade de intimação do advogado do réu da data da inquirição de testemunha em outra comarca, se foi ele intimado da expedição da precatória. - De outra parte, o ora paciente foi satisfatoriamente defendido pelo seu advogado constituído. - A sentença e o acórdão estão suficientemente fundamentados. - Inexiste ofensa ao artigo 384 do Código de Processo Penal, porquanto, embora a denúncia não tenha aludido expressamente ao artigo 70 do Código Penal, as circunstâncias que caracterizam o concurso formal estão narradas nela, podendo o Juiz, com base no artigo 383 do C.P.P., reconhecer esse concurso na sentença. - Correta a fixação da pena. - As alegações que implicam o reexame da matéria de fato controvertida não podem ser examinadas na via estreita do *habeas corpus*. *Habeas corpus* indeferido”. – (HC n. 75030/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 7.11.1997).

Não obstante tais manifestações, uma segunda corrente passou a ser sufragada, principalmente por intermédio das sempre lúcidas observações do Min. Celso de Mello. Para o eminente decano:

“ O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer,

HC 95.106 / RJ

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'." (HC n. 86634/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 23.2.2007).

Destaco também o quanto decidido no HC n. 94.216/RJ, de relatoria do Min. Marco Aurélio:

"PROCESSO-CRIME - AUDIÊNCIA - OITIVA DE TESTEMUNHAS - PRESENÇA DO ACUSADO - CUSTÓDIA DO ESTADO - REQUISIÇÃO. Estando preso o acusado, cumpre requisitá-lo para a audiência de oitiva de testemunhas, pouco importando encontrar-se em unidade da Federação diversa daquela na qual tramita o processo. PROCESSO - NULIDADE - CUSTÓDIA PROVISÓRIA - PROJEÇÃO NO TEMPO. Uma vez anulado o processo e verificada a projeção no tempo de custódia do acusado, impõe-se o relaxamento da prisão". – (HC n. 94.216/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 19.6.2009).

Embora haja divergências, a jurisprudência é majoritária no sentido da desnecessidade de requisição do réu preso para acompanhar a inquirição de testemunha no Juízo deprecado.

Anoto, inclusive, que já tive a oportunidade de me posicionar nesse sentido. Refiro-me ao RHC n. 81.322/SP, o qual tinha como relator o Min. Celso de Mello, sendo que, ao abrir divergência, fiquei encarregado de lavrar o acórdão. Eis a ementa desse julgado:

"EMENTA: Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Prescindibilidade da requisição do réu preso, sendo bastante a intimação do defensor

HC 95.106 / RJ

da expedição da carta precatória. 4. Desnecessidade de intimação do advogado da data da inquirição da testemunha. 5. Precedentes. 6. Recurso desprovido”. – (RHC n. 81.322/SP, Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 12.3.2004).

E, mais recentemente, foi reafirmada a jurisprudência desta Corte nos autos do RE-QO 602.543:

“AÇÃO PENAL. Prova. Oitiva de testemunha. Carta precatória. Réu preso. Requisição não solicitada. Ausência de nulidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão Geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do ré, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento.” (RE-QO 602.543, Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 26.2.2010).

Contudo, diante da peculiaridade do caso concreto, de que o paciente encontrava-se preso a poucos metros de distância do fórum onde realizada a audiência de oitiva de testemunha de acusação, entendo caracterizado o constrangimento ilegal sustentado pela defesa.

Assim, concedo a ordem para declarar nulo processo desde a oitiva da testemunha de acusação Sueli Pereira Teles.

É como voto.

16/11/2010

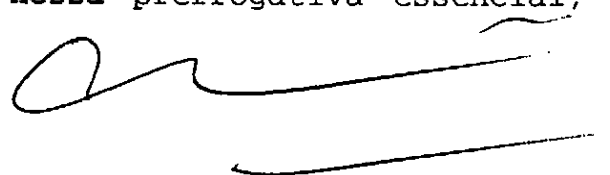
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 95.106 RIO DE JANEIROV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendo, Senhor Presidente, que a ausência de requisição do réu preso, com a conseqüente (e injusta) frustração do seu direito de comparecimento e de presença na audiência de inquirição de testemunhas (ainda que seja uma só), realizada no juízo deprecado, configura hipótese de nulidade processual absoluta.

Tenho para mim que o acórdão emanado do E. Superior Tribunal de Justiça, objeto da presente impetração, está em direto confronto com a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria.

Com efeito, esta colenda Segunda Turma, ao julgar o HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferiu decisão na qual deixou claramente acentuado, a propósito do tema em análise, que o Estado tem o dever de assegurar, ao réu preso, o exercício pleno do direito de defesa, havendo salientado, então, em referido julgamento, que se acha incluído, nessa prerrogativa essencial, o



HC 95.106 / RJ

direito de presenciar a inquirição de testemunhas, ainda mais quando arroladas pelo Ministério Público:

" 'HABEAS CORPUS' - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL - PLEITO RECUSADO - REQUISIÇÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO - INADMISSIBILIDADE - 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 (ARTIGO 14, N. 3, 'D') E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 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 INQUIRÇÃO 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 - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - 'HABEAS CORPUS' CONCEDIDO DE OFÍCIO.

- 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. São 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 razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência.

- O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam

HC 95.106 / RJ

da garantia constitucional do 'due process of law' e que assegurem, 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. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, 'd') e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, 'd' e 'f')).

- Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois 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. Precedentes." (RTJ 202/1146-1147, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Desejo assinalar, neste ponto, que os fundamentos que dão suporte a esta impetração revestem-se de inquestionável importância jurídica, pois o caso em exame põe em evidência controvérsia consistente no reconhecimento de que assiste, a qualquer réu (notadamente 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 em geral, ainda mais se se tratar de testemunhas arroladas pelo Ministério Público, tal como esta colenda Segunda Turma decidiu em recente julgamento que versou idêntica matéria (HC 93.503/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Tenho sustentado, nesta Suprema Corte, Senhor Presidente, com apoio em autorizado magistério doutrinário (FERNANDO



HC 95.106 / RJ

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 - nem podem

HC 95.106 / RJ

ter - **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 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 essenciais **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 (...).



HC 95.106 / RJ

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, o julgamento desta Suprema Corte, de que foi Relator o eminente Ministro LEITÃO DE ABREU, consubstanciado em acórdão que está 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 esse entendimento (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

HC 95.106 / RJ

audiência de inquirição de testemunhas arroladas pelo órgão 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 percepção do tema em exame - que reconhece a ocorrência de nulidade absoluta na preterição de formalidade tão essencial ao exercício do direito de defesa - 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

HC 95.106 / RJ

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.

HC 95.106 / RJ

É importante destacar, finalmente, que essa orientação também encontra suporte em precedente igualmente firmado pela colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como resulta de acórdão que, no ponto ora em debate, está assim ementado:

"**HABEAS CORPUS'. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. PACIENTE PRESA EM SÃO PAULO, RESPONDENDO À AÇÃO PENAL NO RIO DE JANEIRO. CONDENÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA: AUSÊNCIA DA RÉ NOS ATOS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ENTREVISTAR-SE COM A DEFENSORA NOMEADA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO.**

.....
2. A falta de recursos materiais a inviabilizar as garantias constitucionais dos acusados em processo penal **é inadmissível**, na medida em que implica disparidade dos meios de manifestação **entre** a acusação e a defesa, **com graves reflexos** em um dos bens mais valiosos da vida, a liberdade.

3. A circunstância de que a paciente poderia contatar a Defensora Pública por telefone e cartas, aventada no ato impugnado, **não tem a virtude de sanar a nulidade alegada, senão** o intuito de contorná-la, resultando franco prejuízo à defesa, sabido que a comunicação entre presos e pessoas alheias ao sistema prisional é restrita ou proibida.

Ordem concedida."

(HC 85.200/RJ, Rel. Min. EROS GRAU - grifei)

Sendo assim, e com tais considerações, peço vênica para deferir, integralmente, o pedido de "habeas corpus".

É o meu voto.

16/11/2010**SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 95.106 RIO DE JANEIRO****ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Celso de Mello, creio que Vossa Excelência traz argumentos que nós precisamos realmente contemplar. Portanto, vou caminhar nesse sentido, fazendo ressalvas quanto ao entendimento mais amplo, tendo em vista toda sua repercussão.

Mas, tendo em vista o caso concreto, vou deferir a ordem, mas nesse fundamento.

16/11/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 95.106 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mantenho meu voto e invoco alguns precedentes da Turma: HC 93.598, Relator Ministro Eros Grau; HC 93.881, Relator Ministro Eros Grau.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 95.106

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : EDNALDO FARIA FERREIRA OU EDINALDO FARIA FERREIRA

IMPTE.(S) : LUIZ CARLOS DA SILVA NETO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após a sustentação oral o Relator indicou adiamento. Decisão unânime. Falou, pelo paciente, o Dr. Luiz Carlos da Silva Neto. **2ª Turma**, 05.10.2010.

Decisão: Deferida a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa que indeferia o writ. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Ayres Britto. **2ª Turma**, 16.11.2010.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador