

19/02/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 111.728 SÃO PAULO

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S)	: ELIEZER RICARDO ALEXANDRE
PACTE.(S)	: LEANDRO MONCHUI
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO SEM A PRESENÇA DOS RÉUS PRESOS EM OUTRA COMARCA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. A ausência dos réus presos em outra comarca à audiência para oitiva de vítima e testemunhas da acusação constitui nulidade absoluta, independentemente da aquiescência do Defensor e da matéria não ter sido tratada em alegações finais.

2. Ordem concedida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, **em conceder a ordem para restabelecer a decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo em favor dos Pacientes (Apelação Criminal nº 888085.3/4-0000-000), determinando a comunicação desta decisão, com urgência, ao Juízo da Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos, comarca de Poá/SP**, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Brasília, 19 de fevereiro de 2013.

HC 111728 / SP

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

19/02/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 111.728 SÃO PAULO

RELATORA	: MIN. CÁRMEN LÚCIA
PACTE.(S)	: ELIEZER RICARDO ALEXANDRE
PACTE.(S)	: LEANDRO MONCHUI
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

1. *Habeas Corpus*, com requerimento de medida liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em favor de ELIEZER RICARDO ALEXANDRE e LEANDRO MONCHUI, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual foi provido o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 933.445.

2. Na presente ação, a Impetrante informa que “os pacientes foram denunciados pela infração à norma do art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do artigo 70, caput, todos do Código Penal. A denúncia foi acolhida pelo Juiz da Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos, Comarca de Poá/SP, e condenados como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do artigo 70, caput, ambos do Código Penal” (evento 1, fls.1-2).

Contra a decisão condenatória, a defesa interpôs a Apelação Criminal nº 888085.3/4-0000-000. Em 15.02.2006, a 12ª Câmara do 6º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo anulou o processo desde a audiência realizada para oitiva da vítima e das testemunhas de acusação:

“Verifica-se que o apelante e o co-réu Leandro Monchui, por ocasião da oitiva da vítima e das testemunhas de acusação (fls.128), encontravam-se no Centro de Detenção Provisória de Suzano (fls.118).

HC 111728 / SP

Não obstante requisitados para aquela audiência (fls.124), não foram apresentados para a mesma (fls.128). (???)

Manifesto, portanto, o cerceamento de defesa, com flagrante violação do princípio constitucional da ampla defesa.

O princípio constitucional da ampla defesa, como é sabido, desdobra-se em duas garantias; a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa significa a participação do acusado no contraditório, mediante a sua contribuição para a função defensiva. Divide-se no “direito de audiência” e no “direito de presença”. Este consiste na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, comparecendo a todos os atos instrutórios. Para tanto, deve ser devidamente intimado, quando solto, ou requisitado, quando preso.

Trata-se de medida imperativa, cujo descumprimento acarreta a nulidade prevista no inciso IV, do art. 564, do estatuto processual penal, por omissão de formalidade essencial do ato (RTJ 66/72-73).

E essa eiva é de caráter absoluto e, portanto, insanável, com ofensa a preceito constitucional, que não se remedia pela preclusão (RTJ 79/110-112).

(...)

O prejuízo dos acusados foi patente, ainda que tal requisito fosse dispensável para o reconhecimento da eiva, tendo em conta a violação a preceito da lei fundamental. As declarações colhidas naquela audiência serviram de base para a condenação de ambos, conforme se verifica da r. Sentença de fls.221/227 .

*Ante o exposto, de ofício **ANULA-SE** o processo, a partir do termo de fls.128, em relação aos dois réus, sendo que a prova deverá ser renovada, agora com obediência aos mandamentos legais, prejudicado o exame do apelo interposto por **ELIEZER RICARDO ALEXANDRE**. Expeçam-se contramandados de prisão ou, se for o caso, alvarás de soltura clausulados, em favor de **ELIEZER RICARDO ALEXANDRE e LEANDRO MONCHUI**” (evento 3, fls.11-12; grifos no original).*

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Vasco Della Giustina deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público “a fim

HC 111728 / SP

de afastar a nulidade processual”, determinando que o tribunal de origem prosseguisse no julgamento do recurso de apelação (www.stj.jus.br).

Em 15.09.11, a Sexta Turma daquele Tribunal Superior desproveu o Agravo Regimental apresentado pela Defensoria Pública da União:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL CRIMINAL. PROCESSO PENAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. PRISÃO EM COMARCA DIVERSA. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ARGUIÇÃO EXTEMPORÂNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não constitui nulidade de caráter absoluto a ausência do réu à audiência para a oitiva de vítima e testemunhas, caso ele estiver preso em Comarca diversa daquela em que realizado o ato processual, ainda mais se intimado o Defensor. É que se nulidade ocorrer, será a mesma relativa, exigindo a arguição de efetivo prejuízo à defesa, em tempo oportuno. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento” (evento 2, fl.18).

3. Contra esse julgado foi impetrado o presente Habeas Corpus, no qual a Impetrante alega “a ocorrência de nulidade absoluta, a saber, a ausência dos acusados na audiência de instrução e julgamento (fls. 124, 128), ferindo frontalmente a Constituição da República, que estabelece em favor de qualquer acusado, o direito a ampla defesa” (evento 1, fl.3).

Aduz que “os réus estavam sobre a custódia do Estado, presos desde a data dos fatos apresentados, portanto, responsável em assegurar o cumprimento do preceito constitucional da ampla defesa”(evento 2, fl.3).

Sustenta que “a não-apresentação de réus presos para as audiências de instrução é um problema crônico, de certo que o Poder Judiciário não deve compactuar com as justificações do poder público, referentes às dificuldades de

HC 111728 / SP

remoção dos acusados presos a outros pontos do estado, tais alegações, configuradas em conveniência administrativa, não devendo prevalecer sobre os preceitos e garantias Constitucionais, a saber, a garantia constitucional da ampla defesa, como se afigura, in casu” (evento 2, fl.7).

4. Este o teor dos pedidos:

*“Ex positis, tendo em conta que houve a oportuna arguição da nulidade ora apontada, desde a apelação, bem como o prejuízo aos direitos de ampla defesa e do contraditório do paciente, tendo em conta a condenação do mesmo, verifica-se estarem presentes os requisitos necessários para a caracterização da nulidade absoluta, motivo pelo qual, demonstrado o constrangimento ilegal imposto ao paciente, vem requerer a Vossa Excelência, a presente **ORDEM DE HABEAS CORPUS**, para que:*

a) Restando comprovado o fumus boni juris e o periculum in mora, **CONCEDA A LIMINAR**, para obstar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, e ao final, no mérito, conceda a ordem, a fim de que seja reconhecida a nulidade absoluta do feito desde a oitiva de testemunhas da acusação sem a apresentação dos réus, que se encontravam à tutela do Estado, conservando na íntegra o acórdão do TJSP, em sede de Apelação.

b) Que sejam requisitadas as informações de estilo, caso V. Ex.^a entenda necessário;

c) *Requer a **INTIMAÇÃO PESSOAL** do Defensor Público-Geral Federal de todos os atos processuais, inclusive da **DATA DO JULGAMENTO**, solicitando desde já a inclusão do presente writ em mesa de julgamento;*

d) *Que sejam observadas as prerrogativas legais da Defensoria Pública da União, contados em dobro todos os prazos, na forma do inciso I do art. 44 da Lei Complementar nº 80/1994 c/c o art. 5º, § 5º da Lei 1.060/50” (evento 2, fl.10; grifos no original).*

5. Em 1 de fevereiro de 2012, indeferi a medida liminar requerida:

HC 111728 / SP

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO SEM A PRESENÇA DOS RÉUS, PRESOS EM OUTRA COMARCA; ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA: IMPLAUSIBILIDADE JURÍDICA. LIMINAR INDEFERIDA. VISTA À PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA” (evento 4, fl.1).

6. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem:

“3. Não assiste razão à impetrante.

4. Certo que os pacientes, que se encontravam recolhidos em outra Comarca, no Centro de Detenção Provisória de Suzano, apesar de requisitados, não foram apresentados na ocasião em que colhido o depoimento da vítima e inquiridas as testemunhas da acusação.

5. Mas não há razão para anular o processo, porquanto o defensor dos acusados concordou com a dispensa da presença deles, o que é suficiente para afastar o prejuízo. E, mais, a nulidade, meramente relativa, ficou sanada com a falta de arguição oportuna.

6. Isso posto, opino pelo indeferimento da ordem” (evento 6, fl.2).

É o relatório.

19/02/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 111.728 SÃO PAULO

VOTO

1. Razão jurídica assiste à Impetrante.

2. Conforme relatado, a Impetrante sustenta a ocorrência de nulidade absoluta do processo porquanto a vítima e testemunhas de acusação foram ouvidas no Juízo da Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos, comarca de Poá/SP, sem a presença dos Pacientes, que estavam presos na comarca de Suzano/SP.

3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que a ausência dos réus presos em outra comarca à audiência para oitiva de vítima e testemunhas da acusação constitui nulidade absoluta, independentemente da aquiescência do Defensor e da matéria não ter sido tratada em alegações finais.

Nesse sentido:

“E M E N T A: “HABEAS CORPUS” - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL EM QUE INQUIRIDAS TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO - RÉU REQUISITADO, MAS NÃO APRESENTADO AO JUÍZO DEPRECADO - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - 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

HC 111728 / SP

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 - PEDIDO DEFERIDO. - *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 da própria comarca, 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 (HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - 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. 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"). Precedente: HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - 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*

HC 111728 / SP

prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes” (HC 93.503, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 7.8.2009).

4. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de conceder a ordem, restabelecendo a decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo em favor dos Pacientes (Apelação Criminal nº 888085.3/4-0000-000).

Comunique-se esta decisão, com urgência, ao Juízo da Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos, comarca de Poá/SP.

19/02/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 111.728 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Presidente):
Acompanho, integralmente, o douto voto proferido pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, Relatora da presente causa.

Ao assim decidir, tenho em consideração precedente do Supremo Tribunal Federal em que esta Corte **reafirmou antiga orientação jurisprudencial **no sentido de que assiste**, ao réu (**notadamente** àquele que se encontrar preso), o direito de comparecer, mediante requisição do Poder Judiciário (na hipótese de estar sujeito à custódia do Estado), **à audiência de instrução processual** em que serão inquiridas testemunhas em geral, especialmente aquelas **arroladas pelo Ministério Público, sob pena de nulidade absoluta.****

Esse **precedente, julgado em 2006, acha-se consubstanciado** em acórdão assim ementado:

“‘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

HC 111728 / SP

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 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. 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').

HC 111728 / SP

- 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.*"

(HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale relembrar, Senhores Ministros, que essa posição jurisprudencial veio a ser reafirmada em 2009, quando do julgamento, por esta Corte Suprema, de processo em que suscitada controvérsia idêntica à que ora se examina nestes autos, restando assim ementado, no ponto que concerne à presente discussão, o acórdão deste Tribunal:

“HABEAS CORPUS’ – INSTRUÇÃO PROCESSUAL – RÉU PRESO – PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL EM QUE INQUIRIDAS TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO – RÉU REQUISITADO, MAS NÃO APRESENTADO AO JUÍZO DEPRECADO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – 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

HC 111728 / SP

GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL – NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA – PEDIDO DEFERIDO.”

(HC 93.503/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Tenho sustentado, nesta Suprema Corte, Senhores Ministros, **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 – 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).

HC 111728 / SP

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 (...).

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)

HC 111728 / SP

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 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**, por igual, no magistério jurisprudencial **de**

HC 111728 / SP

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.

HC 111728 / SP

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eu estou, exatamente, fundamentando na nulidade e no direito constitucional a se apresentar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Presidente): A **reafirmação** da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **reconhecendo**, em favor de qualquer réu, **independentemente do caráter hediondo** do delito a ele imputado, **o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena** de nulidade absoluta, os atos processuais, **especialmente** aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, **confere efetiva proteção** a uma prerrogativa fundamental que a Constituição da República **assegura** às pessoas em geral.

Em suma: tenho para mim que a magnitude do tema constitucional **versado** na presente impetração **impõe que se conceda** a presente ordem de “*habeas corpus*”, **para impedir que se desrespeite** uma garantia fundamental instituída pela Constituição da República **em favor** de qualquer réu.

Nesse sentido, Senhores Ministros, **é o meu voto**.

19/02/2013**SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 111.728 SÃO PAULO****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, ainda ontem eu conversava com o Ministro Teori, em casos tais em que nós fixamos esse tipo de orientação ou tese, e aí eu estou fazendo uma reflexão aberta, em alto e bom som, e por isso, obviamente, sujeita a reparos –, eu sinto necessidade de que nós encontremos alguma fórmula de dar efetividade a essas decisões para além do caso concreto, porque ficamos nós a bradar sempre que a questão se coloca e sempre que a questão se renova, mas sabemos que, por falhas do próprio sistema – dificuldades da Defensoria e de acesso à Justiça –, esses casos continuam a se repetir.

De modo que seria muito interessante se nós pensássemos em levar para o Plenário ou, eventualmente, em editar súmula, mas alguma coisa que fosse além apenas do caso concreto, porque a jurisprudência, em geral, nesses casos, é bastante pacífica, tranquila. A despeito disso, continua-se a reproduzir essas situações com grande constrangimento para todos os atingidos. Parece-me que temos que dar algum passo em termos institucionais para além do caso concreto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Concordo inteiramente, Ministro Gilmar.

Apenas acho que devemos pensar num quadro até um pouco mais amplo do que só o Supremo - por exemplo, a edição de uma súmula -, porque, neste caso aqui, o próprio Tribunal de Justiça aceitou na apelação, deu provimento para declarar a nulidade, o juiz requisitou e fez constar que, expressamente, embora requisitado, não foram apresentados em audiência. Ou seja, a questão fica por conta do Poder Executivo. Talvez

HC 111728 / SP

devêssemos pensar, sim, e formular alternativas para que houvesse algo que pudesse ser feito - não sei se no plano até do CNJ, talvez, que tem tido uma atuação, desde a Presidência, mesmo, de Vossa Excelência - no sentido de conduzir a que houvesse não a punição, mas mais que uma recomendação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Para a autoridade pública que deixa de ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Talvez, assim, uma injunção a que o Poder Executivo, no que concerne ao sistema penitenciário específico onde se encontravam, por exemplo, esses réus, que a não apresentação, ou seja, foi o não cumprimento de uma decisão judicial ou de uma determinação judicial. Esse juiz requisitou, não apresentaram. Isso cria até uma situação mais grave porque, neste caso, houve a aquiescência do defensor. Eu comentava com o Ministro Celso de Mello e com o nosso Procurador que, às vezes, isso ocorre na audiência, de que a atribulação é tão grande do defensor que quer de uma vez que aconteça a audiência porque a pessoa está presa e a delonga numa nova audiência e num novo pedido pode levar a uma consequência que é maléfica ao seu cliente.

Então, é preciso pensar, talvez, uma forma de injunção que conduza a uma declaração de que a não apresentação injustificada - digo injustificada porque não é uma justificativa válida dizer que não tem carro suficiente, ou o que for - é um descumprimento de uma determinação judicial com consequências para quem não cumprir. Porque talvez esse tipo de injunção é que cria uma mudança de comportamento. Se não houver realmente uma mudança drástica nesse quadro, a edição da súmula se circunscreve ao Poder Judiciário. O Poder Executivo, neste caso, continuaria com o descumprimento a uma reclamação que acaba gerando mais processo.

HC 111728 / SP

Então, eu acho que Vossa Excelência tem toda razão, e, talvez, aquele tipo de conduta que Vossa Excelência tenha tomado como Presidente do CNJ - por exemplo, quanto aos mutirões e tal - seja alguma coisa neste caminho de levar a uma mudança de consequência, a uma determinação de uma consequência, mediante uma injunção que acarretará consequências para aquele que descumpre a determinação. Eu também não sei qual seria a solução.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu confesso que processualmente nós temos sempre dificuldades, inclusive por conta do modelo, mas é preciso buscar algo fora desse sistema, e, claro, a súmula, aqui, obviamente, vincularia também a autoridade responsável, que eventualmente deixou de propiciar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Acatar a determinação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Mas é preciso realmente pensar em algo que vá um pouco além.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Além da solução.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Até porque este é um exemplo, mas nós temos vários outros de descumprimento sistemático da orientação que é assente na Corte.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é. Aí, nesse caso, obviamente a súmula resolveria.

HC 111728 / SP

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - A súmula atingiria neste caso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Tenho a impressão que uma súmula vinculante impediria, num caso como esse, que o juiz realizasse a audiência. Acabaria o problema. Porque, na verdade, o que aconteceu aqui é que o juiz, mesmo não tendo o réu sido apresentado, fez a audiência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Fez a audiência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas ele ouviu o defensor. E aí é que eu digo: a tribulação do defensor é de tal natureza que ele prefere a audiência. E, como nós dissemos, o direito de presença é que ficou comprometido, e que é personalíssimo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Não, mas aí a coisa toma outro caminho: saber se o defensor ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Pode renunciar a direito personalíssimo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Pode renunciar a esse direito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É, por isso que eu acentuei que a nulidade é absoluta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse direito, é. Pois é, porque isso ficaria...

HC 111728 / SP

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Aqui eu dei como nulidade absoluta por isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Se nós disséssemos que ele pode, aí não se poderia conceder **habeas corpus**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Acho que são formas de a gente pensar e ver qual a ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São importantes, só para que a gente tenha que realmente buscar saídas para além da ...

Nós tivemos aquela reação, por exemplo, com a súmula das algemas, em que nós gravamos com a nulidade a prisão provisória, caso não houvesse a justificativa, a motivação adequada. Em suma, uma busca para a solução de problemas dessa ordem. Ainda recentemente, nesse contexto, por exemplo, dos abusos nos presídios, a Suprema Corte americana deu um prazo para que houvesse uma redução do número de presos em relação aos espaços existentes no Estado da Califórnia. Em suma, são necessidades que se colocam e que demandam do Judiciário uma imaginação institucional diferenciada.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É, eu acho que está na hora de haver não um Direito de mudanças, mas a mudança do Direito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Até porque, do contrário, é um enxugamento de gelo, não é?

HC 111728 / SP

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 111.728

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

PACTE.(S) : ELIEZER RICARDO ALEXANDRE

PACTE.(S) : LEANDRO MONCHUI

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

Decisão: A Turma, por votação unânime, **deferiu** o pedido de **habeas corpus** para **restabelecer** a decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo **em favor** dos Pacientes (Apelação Criminal nº 888085.3/4-0000-000) e **determinou** a comunicação desta decisão, **com urgência**, ao Juízo da Vara Distrital de Ferraz de Vasconcelos, comarca de Poá/SP, **nos termos** do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 19.02.2013.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármem Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

p/ Fabiane Duarte
Secretária