



SENADO FEDERAL

OFÍCIO

Nº S/66, DE 2009

(nº 184/2009, na origem)

Of. n. 104/P-MC

Brasília, 23 de novembro de 2009.

HABEAS CORPUS N. 90900

PACIENTE: Danilo Ricardo Torczynnowski

IMPETRANTE: DPE-SP - Daniela Sollberger Cembranelli

COATOR: Relator do HC n. 57.853 do Superior Tribunal de
Justiça

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para os efeitos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no processo mencionado, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 23 de outubro de 2009, mediante o qual o Plenário desta Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade formal da Lei paulista n. 11.819/2005.

Seguem, também, cópias da referida legislação, do parecer da Procuradoria-Geral da República e da certidão de trânsito em julgado do referido acórdão.

Atenciosamente,

Ministro GILMAR MENDES
Presidente

A Sua Excelência o Senhor
Senador JOSÉ SARNEY
Presidente do Senado Federal

LEI Nº 11



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Secretaria Geral do Parlamento
Departamento de Documentação e Informação

LEI Nº 11.819, DE 5 DE JANEIRO DE 2005

(Projeto de lei nº 704/2001, do deputado Edson Gomes - PPB)

Dispõe sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de presos à distância

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º - Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais.

Artigo 2º - O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da sua publicação.

Artigo 3º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Artigo 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 5 de janeiro de 2005

GERALDO ALCKMIN

Nagashi Furukawa

Secretário da Administração Penitenciária

Arnaldo Madeira

Secretário-Chefe da Casa Civil

Publicada na Assessoria Técnico-Legislativa, aos 5 de janeiro de 2005.

226264

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 3724/07 - MJG

HABEAS CORPUS Nº 90900

PACTE: DANILO RICARDO TORCZYNNOWSKI

IMPTE: DPE-SP – DANIELA SOLLBERGER CEMBRANELLI

**IMPDO: RELATOR DO HC Nº 57853 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATOR: EXMO. SR. MIN. GILMAR MENDES

*HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. ROUBO
TRIPLAMENTE QUALIFICADO. INTERROGATÓRIO
REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA.
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI
N. 11.819/05, QUE ESTABELECEU O
PROCEDIMENTO NO ÂMBITO DO ESTADO DE SÃO
PAULO. NULIDADE DO ATO. NÃO OCORRÊNCIA.*

*- Para a declaração de nulidade de ato processual, exige-se
a demonstração de prejuízo.*

*- A adoção da videoconferência para fins de interrogatório
não acarreta prejuízo ao exercício da ampla defesa.*

- Parecer pela denegação da ordem.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos autos
em epígrafe, diz a V. Exa. o que segue:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso
ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de Danilo Ricardo
Torczynnowski contra decisão proferida pelo ministro Nilson Naves, da 6ª
Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao HC
57.853/SP (fls. 21/23).

Nº 3724/07 - MJG

Insurge-se a impetrante contra a realização do interrogatório do paciente por meio de videoconferência, nos termos previstos em lei estadual, ao entendimento de que o procedimento é contrário ao art. 185 do Código de Processo Penal e à própria Constituição Federal, quando assegura aos litigantes o exercício da ampla defesa.

Sustenta que somente a presença física do juiz tem o condão de garantir a liberdade de expressão do acusado em sua autodefesa. Aponta, ainda, a inconstitucionalidade do diploma paulista, dada a inobservância do art. 22, inciso I, da Carta Política, à consideração de que aquele estaria a tratar de direito processual penal e não de mero procedimento em matéria processual.

Assim, requer a concessão da liminar e da ordem, para que seja o processo anulado desde o interrogatório e realizado novo ato com a presença do acusado, bem como seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.819/05.

A medida liminar foi indeferida às fls. 29/34.

O juízo de direito da 25ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo prestou informações às fls. 41/62.

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Não prospera a tese de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.819/05, que prevê a realização de interrogatório por meio de videoconferência em seu art. 1º, *in verbis*:

“Artigo 1º - Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais.”

Em que pesem as alegações da impetrante em sentido contrário, respaldadas por autores de renome, temos que a forma de realização do referido ato processual é matéria afeta a procedimento, sobre o que têm os Estados competência concorrente para legislar, nos moldes do art. 24, inciso XI, da Constituição Federal.

Ademais, não há na técnica da videoconferência qualquer supressão das garantias atinentes à ampla defesa, nem modificação da natureza do ato, mas somente da forma de sua realização, mediante método capaz de proporcionar maior celeridade e economia à instrução criminal, se as circunstâncias assim recomendarem.

Não bastasse, é cediço que o direito processual penal pátrio não comporta o princípio da identidade física do juiz, princípio que, de todo modo, não se resume, de forma simplória, à idéia de que devam magistrado e réu encontrar-se frente a frente quando do interrogatório e demais atos processuais que desaguarão na prolação da sentença.

Por outro lado, não podemos ignorar a tendência de informatização do processo judicial, que entre nós se expressa pela recente promulgação da Lei n. 11.419/06, cuja entrada em vigor deu-se em março último. A respeito, pertinentes os relatos contidos às fls. 43/57.

Enfatizamos que o uso da técnica, por si só, não acarreta prejuízo algum, devendo o mesmo ser demonstrado para que se possa cogitar da nulidade de determinado ato processual, a teor do

Nº 3724/07 - MJG

princípio *pas de nullité sans grief*, extraído do art. 563 do Código de Processo Penal.

No caso dos autos, a impetrante não logrou êxito em apontar falha do procedimento adotado no tocante à preservação das garantias constitucionais do acusado. Concluímos ter restado plenamente atendida a finalidade do ato, tanto que ausente qualquer impugnação a respeito, o que se deduz do conteúdo da sentença (fls. 58/62).

Nesse sentido, as lições dos artigos 566 e 571, inciso II, do Códex Processual Penal:

“Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

[...]

Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

[...] II – as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, **nos prazos a que se refere o artigo 500;**”

Por fim, valemo-nos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão em debate:

“HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A estipulação do sistema de videoconferência para interrogatório do réu não ofende as garantias constitucionais do réu, o qual, na hipótese, conta com o auxílio de dois defensores, um na sala de audiência e outro no presídio.

2. A declaração de nulidade, na presente hipótese, depende da demonstração do efetivo prejuízo, o qual não restou evidenciado.

3. Ordem denegada.”¹

¹ STJ, 5ª Turma, HC 76046/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 28.05.2007, p. 380.

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. VIDEOCONFERÊNCIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

O interrogatório realizado por videoconferência, em tempo real, não viola o princípio do devido processo legal e seus consectários.

Para que seja declarada nulidade do ato, mister a demonstração do prejuízo nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

Ordem DENEGADA.”²

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE SISTEMA DE VÍDEOCONFERÊNCIA OU TELEAUDIÊNCIA EM REAL TIME. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE, PARA CUJO RECONHECIMENTO FAZ-SE NECESSÁRIA A OCORRÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO, NÃO DEMONSTRADO, NO CASO.

Recurso desprovido.”³

Ante o exposto, opinamos pela denegação da ordem.

Brasília, 14 de junho de 2007.



MARIO JOSÉ GISI

Subprocurador-Geral da República

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Certifico que o acórdão de fls. 129-255 transitou em julgado em 12 de novembro de 2009.

Brasília, 13 de novembro de 2009.


André Canuto de Figueiredo Lima – matrícula n.º 2523

² STJ, 6ª Turma, HC 34020/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 03.10.2005, p. 334.

³ STJ, 5ª Turma, RHC 15558/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.10.2004, p. 351.

30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE
RELATOR PARA O : MIN. MENEZES DIREITO
ACÓRDÃO
PACIENTE(S) : DANILO RICARDO TORCZYNNOWSKI
IMPETRANTE(S) : DPE-SP - DANIELA SOLLBERGER
CEMBRANELLI
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA ARZABE
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 57.853 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal.

1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual.
2. **Habeas corpus** concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder a ordem de **habeas corpus** e declarar incidentalmente a inconstitucionalidade formal da Lei paulista nº 11.819/2005.

Brasília, 30 de outubro de 2008.


MINISTRO MENEZES DIREITO

Relator para o acórdão

02/09/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) – Senhor Presidente, o *habeas corpus* versa uma matéria idêntica a outra já submetida ao Plenário de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no caso, o HC nº 92.590. Trata-se da possível nulidade de atos processuais realizados através de videoconferência.

Portanto, proponho, se os Colegas não se opuserem, a afetação ao Plenário para julgamento conjunto com o outro.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ellen Gracie', with a long horizontal stroke extending to the right.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 90.900-1

PROCED.: SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

PACTE.(S): DANILO RICARDO TORCZYNNOWSKI

IMPTE.(S): DPE-SP - DANIELA SOLLBERGER CEMBRANELLI

ADV.(A/S): PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA ARZABE

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 57.853 DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE

JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, **acolhendo** proposta da Relatora, **submete** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento deste **habeas corpus**. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 02.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE
RELATOR PARA O : MIN. MENEZES DIREITO
ACÓRDÃO
PACIENTE(S) : DANILO RICARDO TORCZYNNOWSKI
IMPETRANTE(S) : DPE-SP - DANIELA SOLLBERGER
CEMBRANELLI
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA
ARZABE
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 57.853 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática do relator da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento de *writ* anteriormente impetrado perante aquela Corte, negou seguimento ao pedido.

Argumenta, a impetrante, que o paciente foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Ocorre que o interrogatório do paciente, a despeito da discordância de sua defesa, foi realizado sem a presença do paciente na sala de audiência, sob a modalidade do que se passou a denominar “interrogatório *on line*”.

Observa que o ato é nulo, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo denegado o *habeas corpus*, secundado pela decisão monocrática do relator do STJ que negou seguimento ao pedido. Aduz que o contato prévio, pessoal e reservado entre o réu e seu defensor (CPP, art. 185, § 2º; Lei nº 8.906/94, art. 7º, III), assegura a integral assistência jurídica e o efetivo exercício da ampla defesa, o que não ocorre no interrogatório por videoconferência.

Esclarece que o contato telefônico entre acusado e seu defensor descaracteriza a necessária privacidade, ínsita ao contato reservado previsto na lei. Ademais, a presença física do juiz

HC 90.900 / SP

garante ao réu a indispensável liberdade de expressão, não apenas para o exercício da autodefesa, como também para relatar eventuais abusos sofridos pelos agentes públicos. O magistrado ainda tem condições de analisar a personalidade, o estado psíquico, a formação social e moral do acusado.

Registra que o interrogatório virtual viola direitos fundamentais do acusado, desumanizando o ato, transformando o processo numa simples sucessão de etapas. A presença física do réu no ato processual é expressão maior da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal representado pelo direito a um processo justo.

Há, também, contrariedade ao art. 185, do Código de Processo Penal, que exige que o acusado compareça perante a autoridade judiciária, e não deva ser interrogado na presença de uma máquina, o que foi confirmado pela Lei nº 10.792/03, na redação dada ao § 1º, do referido art. 185.

Finalmente, observa que, apenas a União pode dispor sobre processo penal (CF, art. 22, I), sendo vedado aos Estados-membros regular tal matéria. Não se trata de questão procedimental e, por isso, há vício de incompetência legislativa.

Requer a concessão da ordem para o fim de cassar o acórdão recorrido, anulando o processo desde o momento do interrogatório, renovando-se os atos desde então praticados, declarando-se, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Lei estadual paulista nº 11.819/05.

2. Decisão que indeferiu o pedido de liminar (fls. 29/34).

3. Informações prestadas pelo juiz de direito da 25ª Vara Criminal da comarca de São Paulo (fls. 41/57).

4. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação da ordem (fls. 65/69).

5. Petição da impetrante no sentido de requerer sua intimação para possível sustentação oral na data do julgamento (fl. 74).

É o relatório.



VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. Registro, inicialmente, que a hipótese seria de não-conhecimento deste *writ* em virtude do *habeas corpus* haver sido impetrado contra decisão monocrática do relator do HC nº 57.853-SP, do STJ.

No entanto, na linha da orientação adotada por outros Ministros desta Corte, supero eventual óbice ao conhecimento deste *writ* em se tratando de decisão que nega seguimento ao *habeas corpus*.

2. Observo, entretanto, que considero perfeitamente constitucional, formal e materialmente, a possibilidade de realização de interrogatório mediante videoconferência, tal como instituído pela Lei estadual paulista nº 11.819/05.

Três são as questões centrais em relação à temática do interrogatório por videoconferência: a) a (in)constitucionalidade formal; b) a (in)constitucionalidade material; c) caso reconhecida a inconstitucionalidade da regra legal, se a nulidade do ato acarretaria automaticamente prejuízo ao acusado.

3. Observo que o sistema de videoconferência já tinha previsão no ordenamento jurídico brasileiro desde a internação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) no direito brasileiro, com base no Decreto nº 5.015, de 12.03.2004. E, no Estado de São Paulo, tal possibilidade foi objeto de expressa regulamentação, tal como feita pela Lei estadual nº 11.819, de 05.01.2005.

Observa-se que o interrogatório não foi extirpado ou excluído do processo penal, apenas e tão somente houve a possibilidade de sua realização mediante videoconferência, justificada em razão de determinados motivos que se revelam razoáveis para tanto.

A esse respeito, reproduzo trecho de artigo doutrinário que cuidou do tema sob o título “Sociedade digital –

teleinterrogatório não elimina nenhuma garantia processual”
(Vladimir Aras, *Revista Consultor Jurídico*, 28.09.2004):

“(…)

Assim, no campo internacional, o Estado brasileiro se obrigou a instituir legislação nacional que permita às testemunhas e peritos depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

“(…)

O Tribunal de Justiça da Paraíba já pôs em funcionamento nas Varas de Execuções Penais de João Pessoa um sistema de teled depoimentos. O link entre as varas e a Penitenciária do Roger permite aos juizes das execuções realizar o interrogatório dos condenados, por meio de videoconferência.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, um dos mais progressistas do país, regulamentou o interrogatório de réus por videoconferência, por meio do Provimento nº 5, de 20 de junho de 2003, expedido pela Corregedoria-Geral. O procedimento foi previsto no artigo 276.

O TRF da 4ª Região também tem realizado sessões por meio de videoconferência. As duas turmas criminais do tribunal, a 7ª e a 8ª já se reuniram desta forma, em sessão conjunta. A primeira sessão virtual do TRF-4 ocorreu em 16 de outubro de 2003, sob a presidência da desembargadora federal Marga Inga Barth Tessler, com a presença da procuradora regional da República Carla Veríssimo de Carli, representando o Ministério Público Federal.

“(…)

Otimização.

A experiência internacional demonstra e a lógica evidencia: a adoção do sistema de videoconferência para a coleta de provas durante a instrução criminal otimiza e acelera a prestação jurisdicional, pela eliminação da expedição de

cartas precatórias, cartas de ordem e cartas rogatórias, além de beneficiar o erário público, poupando recursos hoje despendidos com atividades de escolta e transporte de presos.

A videoconferência é um instrumento, e não objeto da prova processual penal. Ou seja, o Juízo obterá a prova testemunhal ou pericial através do sistema audiovisual. A teleconferência tem assim natureza auxiliar, não constituindo meio de prova, salvo quando ocorra gravação do evento, para utilização posterior na própria ação penal ou na fase recursal, como prova para memória futura.

(...)

Pequenas reações corporais e faciais e tênues variações da voz podem ser captadas e transmitidas pelas mídias mais modernas. Não há assim razão para temer a impossibilidade de feedback entre o juiz e o interrogado, nos sistemas de videoconferência, cujas vantagens são predominantes, pois:

- evita deslocamentos de réus, peritos, testemunhas e vítimas a grandes distâncias, com economia de tempo e recursos materiais;*

- evita o cancelamento de audiências em função de características particulares (pessoais e profissionais) das testemunhas, como enfermidades;*

- aumenta a segurança pública, diminuindo os riscos de fuga e de resgate de presos perigosos;*

- economiza recursos públicos hoje empregados na escolta e no transporte de presos;*

- permite que policiais civis, militares e federais e também agentes penitenciários atuem em outras missões de segurança pública e de investigação, sem perda de tempo útil em escoltas;*

- acelera a tramitação dos feitos judiciais, eliminando cartas precatórias, cartas rogatórias e cartas de ordem;*

- poupa o trabalho de juízes deprecados e rogados e de seus auxiliares;

- facilita a obtenção de prova em tratados de cooperação internacional;

- propicia contato direto das partes e dos advogados com a prova que seria produzida por precatória, por rogatória ou por carta de ordem;

- privilegia os princípios do juiz natural e do promotor natural e o princípio da imediação;

- aproxima o processo penal do princípio da identidade física do juiz, porquanto podem ser preservadas provas para memória futura a serem utilizadas pelo juiz processante, qualquer que seja ele;

- favorece o contato direto do réu (preso ou solto) com o seu juiz, em situações em que isto dificilmente ocorreria;

- contribui para facilitar a tomada de depoimentos de vítimas de crimes violentos e de vítimas, testemunhas e réus colaboradores, impedindo o confronto destes com os acusados;

- incrementa o princípio da publicidade geral, permitindo o acesso aos atos judiciais a qualquer do povo, pela internet ou por outro sistema;

- otimiza o tempo de advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público;

- evita prejuízos para a acusação e a defesa, no processo penal, quando da coleta de depoimentos por precatória, quando os atos são acompanhados por membros do Ministério Público designados e por defensores ad hoc, que pouco sabem sobre detalhes do feito e as estratégias e teses do caso concreto;

- poupa recursos de réus, evitando gastos com diárias e viagens de seus defensores.

(...)

É falsa a idéia de que a audiência criminal por vídeo-link prejudica o direito à ampla defesa. Quando utilizado corretamente e com os equipamentos mais avançados, o sistema de videoconferência contribui para preservar o princípio da imediação e em alguns casos representa a única possibilidade viável de 'comparecimento' (presença eletrônica) do acusado perante o seu julgador.

Desde que se assegure a fluência dos quadros de vídeo; a nitidez das imagens com possibilidade de zoom; o uso de telas amplas de alta definição; a clareza do áudio; o sincronismo áudio-vídeo, de modo a impedir 'delays', interrupções ou perda de dados; o controle da câmara remota pelo magistrado; um canal reservado de voz para a defesa; scanner e impressora em rede para a transmissão de documentos, entre outros equipamentos, não há razão para temer a videoconferência criminal.

(...)

Mediante uma interpretação sistemática da Constituição Federal, do Código de Processo Penal, da Lei nº 10.259/2001, do Decreto nº 5.015/2004 e das resoluções tribunalícias, entendemos que é possível a utilização ampla, no processo penal brasileiro, de instrumentos de videoconferência”.

4. Sabe-se que, na Itália, o emprego da videoconferência em procedimentos judiciais (o *collegamento audiovisio a distanza*) passou a ser utilizado, com bastante sucesso, no combate ao crime organizado, notadamente na proteção às testemunhas contra a organização mafiosa que desafiava o poder estatal.

Leandro Nalini, então presidente da Comissão de Informática da 33ª Subseção da OAB-SP, a esse respeito, recordou a

polêmica que se instaurou no Brasil, em 1926, quando se iniciou a prática de prolação de sentenças datilografadas (e não manuscritas pelos juízes), eis que se questionava se realmente eram proferidas pelos magistrados (*Revista Consultor Jurídico*, 16.08.2005). Na exposição de seu pensamento, o referido articulista registrou que “o sistema de videoconferência traz consigo uma generosa economia aos cofres públicos: segundo dados colhidos pelo eminente desembargador Francisco Vicente Rossi, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no período de 1 a 15 de junho de 2003, foram realizadas 27.186 escoltas, 73.744 policiais militares e 23.240 viaturas policiais foram mobilizados, gerando um gasto de R\$ 4.572.961,94”.

5. O tema envolve procedimento, e não processo penal e, por isso, autoriza a edição de lei estadual ou distrital para regulá-lo (CF, art. 24, XI). Processo é o conjunto dos atos processuais interligados pelos vínculos da relação jurídico-processual, ao passo que o procedimento consiste na ordem, forma e sucessão de tais atos processuais.

Como registra a doutrina, “sendo a noção de processo eminentemente teleológica, voltada para o resultado a obter-se, e noção de procedimento, ao invés, eminentemente formal, deve o legislador adequá-lo e apropriá-lo a uma perfeita discussão da causa, de modo a permitir ao Estado-Juiz a resolução justa ao litígio, com razoável celeridade” (Fernando da Costa Tourinho Filho. Manual de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 561).

No caso do interrogatório por intermédio de videoconferência, não há qualquer modificação da natureza do ato processual, e sim tão somente a forma de sua concretização e realização com o emprego de meio tecnológico capaz de proporcionar maior celeridade e economia à instrução criminal, além de viabilizar o atendimento a interesses coletivos como a segurança pública. Assim, o Estado de São Paulo, ao editar a Lei nº 11.819/05, não legislou sobre processo, e sim sobre procedimento, o que é perfeitamente legítimo no direito brasileiro (CF, art. 24, XI). Nesse sentido, não há inconstitucionalidade formal na regra que possibilitou a realização de interrogatório por videoconferência.

6. Também não vislumbro inconstitucionalidade material na regra legal que possibilita o interrogatório por videoconferência, sendo que o procedimento instituído pela referida lei estadual preserva todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive a garantia da ampla defesa e, conseqüentemente, o devido processo legal.

A possibilidade de comunicação telefônica, em tempo real, e previamente à realização do ato do interrogatório, entre acusado e seu defensor, não limita ou exclui a necessária privacidade, tratando-se tão somente de nova forma de contato direto (não necessariamente no mesmo local) entre os sujeitos do processo. Diante de tal circunstância, não há considero existir desvirtuamento da natureza jurídica do ato do interrogatório, que serve de meio de defesa instrumentalizado pela garantia do exercício pleno da autodefesa.

Não convence a alegação de que haveria afronta à garantia da ampla defesa a circunstância de o interrogado encontrar-se acompanhado de agentes de segurança do estabelecimento prisional, eis que, em se tratando de réu preso, não se admite a ausência de qualquer vigilância por parte dos agentes públicos em relação ao interrogado (ainda que no interrogatório realizado na sala de audiências do *forum*).

A alegação da indispensável presença física do juiz para aquilatar determinadas impressões pessoais acerca do interrogado, com efeito, também não merece acolhida. Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificar as características relativas à personalidade, condição socioeconômica, estado psíquico do acusado, entre outras, por meio de videoconferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a idéia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado para realização de seu interrogatório.

Além disso, a regra do art. 185, do CPP, ao prever o comparecimento do acusado perante a autoridade judiciária, não

exclui a possibilidade da realização do interrogatório por videoconferência, eis que a idéia subjacente à regra legal é do contato direto, ainda que por outro meio que não a presença física. E, atualmente, os recursos e instrumentos tecnológicos permitem que haja o contato direto (visual e sonoro) entre juiz e interrogado, ainda que distantes fisicamente.

7. Como bem ressaltou o Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi, não se pode, atualmente, ignorar a tendência de informatização do processo judicial, como já se denota no direito interno através de várias leis recentes, bem como no direito internacional, notadamente nos instrumentos de cooperação jurídica internacional.

8. Finalmente, um terceiro aspecto deve ser realçado, a saber, a ausência de comprovação de qualquer prejuízo na realização do interrogatório por intermédio de videoconferência.

Observo, da leitura da sentença, que houve confissão acerca da autoria do crime de roubo triplamente qualificado, sendo que tal confissão não foi valorada de maneira significativa, tendo o juiz sentenciante se baseado nas declarações do ofendido e nos testemunhos prestados durante a instrução criminal (fls. 58/60).

"Pas de nullité sans grief" constitui brocardo plenamente aplicável ao Direito Processual Penal brasileiro (CPP, art. 563), não sendo possível considerar que a simples circunstância de o paciente haver sido condenado, por si só, faz presumir o prejuízo decorrente da realização de ato processual nulo, consoante a tese da impetrante.

9. Registro, apenas para finalizar, em orientação diversa da que vem sendo adotada neste voto, a 2ª Turma já apreciou caso assemelhado ao presente, com a seguinte ementa (HC 88.914/SP, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 05.10.2007):

AÇÃO PENAL. Ato processual.
Interrogatório. Realização mediante
videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular

não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu.

10. Concluo, no entanto, em sentido contrário, por entender que a realização de interrogatório mediante videoconferência é formal e materialmente constitucional, com base na lei estadual referida, além de não haver sido comprovado qualquer prejuízo ao paciente na prática do ato processual da forma como foi feita.

11.

Ante o exposto, **indefiro** o habeas corpus.



30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Celso de Mello.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, vou pedir vênias à Ministra **Ellen Gracie**, mas vou divergir.

Entendo, em primeiro lugar, que a lei estadual viola flagrantemente a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República. Não se trata, pelo menos na minha compreensão, de procedimento, mas sim de processo. Tanto isso é verdade que a matéria está explicitamente regulada no artigo 185 do Código de Processo Penal. E, com isso, insisto, pelo menos no meu entender, a matéria é de processo, e, sendo de processo, a União detém o monopólio, a exclusividade para estabelecer a disciplina legal na matéria.

Poder-se-ia examinar, e a Corte está estudando esta matéria, aquela perspectiva posta pela eminente Relatora, no seu belíssimo voto, sobre a força da convenção internacional, que já estabelece essa possibilidade, mas se contrapõe a isso exatamente o Pacto de São José da Costa Rica que, no artigo 7º, nº 5, estabelece a obrigatoriedade da presença física do réu perante o Juiz. Essa disciplina é repetida igualmente pelo artigo 9º, nº 3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

Enxergo, portanto, que a possibilidade de videoconferência no caso, esbarra na disciplina constitucional brasileira, art. 22, I, e, se esbarra na disciplina constitucional brasileira, ao meu sentir, é dispensável ir

HC 90.900 / SP

adiante com qualquer outro raciocínio, porque o ato praticado na lei assim concebida padece de evidente nulidade.

Por essas razões, pedindo vênua à eminente Ministra **Ellen Gracie**, estou concedendo a ordem de **habeas corpus**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

Então Vossa Excelência se limita portanto aos aspectos processuais, tão-somente à questão formal do art. 22, I, no processo penal.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Processuais.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Verifico que o

eminente Ministro MENEZES DIREITO **declara**, "incidenter tantum", a **inconstitucionalidade** da lei paulista, **apoiando-se**, para esse efeito, na constatação **de que se transgrediu**, no caso, a regra de competência **inscrita** no art. 22. I. da Constituição. **que atribui**, à União Federal, **competência** para legislar, **privativamente**, sobre direito processual.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

A inconstitucionalidade dessa disciplina legal estadual:

30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, vou pedir vênla à Ministra **Ellen Gracie**, mas vou divergir.

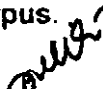
Entendo, em primeiro lugar, que a lei estadual viola flagrantemente a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República. Não se trata, pelo menos na minha compreensão, de procedimento, mas sim de processo. Tanto isso é verdade que a matéria está explicitamente regulada no artigo 185 do Código de Processo Penal. E, com isso, insisto, pelo menos no meu entender, a matéria é de processo, e, sendo de processo, a União detém o monopólio, a exclusividade para estabelecer a disciplina legal na matéria.

Poder-se-ia examinar, e a Corte está estudando esta matéria, aquela perspectiva posta pela eminente Relatora, no seu belíssimo voto, sobre a força da convenção internacional, que já estabelece essa possibilidade, mas se contrapõe a isso exatamente o Pacto de São José da Costa Rica que, no artigo 7º, nº 5, estabelece a obrigatoriedade da presença física do réu perante o Juiz. Essa disciplina é repetida igualmente pelo artigo 9º, nº 3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

Enxergo, portanto, que a possibilidade de videoconferência, no caso, esbarra na disciplina constitucional brasileira, art. 22, I, e, se esbarra na disciplina constitucional brasileira, ao meu sentir, é dispensável ir adiante com qualquer outro raciocínio, porque o ato praticado na lei assim concebida padece de evidente nulidade.

Concluo meu voto, deixando claro que fico apenas no fundamento da inconstitucionalidade formal.

Por essas razões, pedindo vênla à eminente Ministra **Ellen Gracie**, estou concedendo a ordem de **habeas corpus**.



30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, em primeiro lugar, faço coro à Ministra Ellen Gracie no que concerne à atuação da Defensoria Pública; uma instituição tão importante e com figuras como a da Dra. Daniela, que, mais de uma vez, principalmente na Primeira Turma, tem comparecido com tanto brilho e fazendo jus realmente ao que nós lutamos na Constituinte para que fosse a Defensoria: algo que desse a certeza aos necessitados de que eles não ficariam sem defensores, e, portanto, não seriam cidadãos de segunda classe, os excluídos do Direito.

Quanto ao *habeas corpus*, também vou pedir vênias à eminente Ministra-Relatora e seguir a divergência agora iniciada pelo eminente Ministro Menezes Direito.

Tecerei, rapidamente, algumas considerações, até porque está em pauta, embora não tenha sido chamado, o *Habeas Corpus* 92.950, de minha relatoria, sobre essa matéria.

Naquela ocasião, analisei:

Primeiro, nada contra a videoconferência quando vier a ser tratada pela legislação brasileira. Esse não é o caso aqui. Estamos tratando de um caso específico, com base numa legislação

HC 90.900 / SP

especificamente estadual a cuidar da matéria, e que a eminente Ministra-Relatora considerou ser de procedimento e não de processo. Eu considero que processo é meio e procedimento é modo. Trata-se de meio, do processo pelo qual se chega a um determinado objetivo. Portanto, para mim, isso é matéria processual não expugnável pela via da legislação estadual, porque contrariaria exatamente o artigo 22, inciso I.

Em segundo lugar, quanto à Convenção de Palermo, faço duas referências. A primeira é a de que ali se trata especificamente de infrações relativas ao crime organizado transnacional. Não é este o caso, mas, sim, o do artigo 157, pois, ao ser feito o interrogatório, o advogado expressamente fez referência de que não anuia com aquele comportamento.

Estou aqui, diante do laptop, com o artigo 18, nº 18 da Convenção de Palermo:

"Artigo 18 ...

18. Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido." *✓*

E depois, no artigo 24, 2, alínea "b", proteção às testemunhas, de novo se afirma que pode cada Estado Parte:

"Artigo 24...

b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso e meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

Então, não me parece ser esse um caso aplicável a este, porque, aqui, estamos tratando exatamente de uma matéria relativa a direito interno no qual há, sim, previsões possíveis. Porém, conforme disse o eminente Ministro Menezes Direito, não há, na legislação nacional, que é a matéria processual, o devido cuidado para casos como este, aqui nitidamente de Direito Penal, artigo 157.

E, finalmente - ainda acresço -, não se aplicaria a questão de não haver nulidade "*pas de nullité sans grief*", porque tanto ele considerou prejudicado que, desde o primeiro momento - está na petição -, o interrogatório do Paciente, não obstante a expressa discordância da defesa, foi realizado. E reitera-se isso na petição deste *habeas corpus*, a demonstrar que ele considerou prejudicado sim.

Então, em face, exatamente, do Pacto de São José da Costa Rica, mediante a ausência de uma lei nacional que possa ocorrer - reitero que não me ponho contra o advento de uma norma que trate disso -, não entendo que venha a ser inconstitucional, *ph*

desde que haja o tratamento - e a nobre Relatora chamou a atenção - e com as garantias que tem de se cercar quando vier uma lei a tratar desse assunto, o que aqui não ocorre; além do que - insisto - a meu ver, realmente tísna-se de inconstitucionalidade formal a lei paulista.

Razão pela qual peço vênha à eminente Relatora para acompanhar a divergência iniciada no sentido de conceder a ordem.

* * *

30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

V O T O

O Senhor Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, cumprimento, inicialmente, a eminente Relatora pelo substancioso voto que proferiu e também a nobre defensora, Daniela Souberger, pela competente sustentação oral.

Entendo que, segundo a doutrina e a jurisprudência, o interrogatório é simultaneamente um meio de prova e um meio de defesa e, nesse sentido, integra-se no *due process of law*, no devido processo legal, garantido constitucionalmente.

O interrogatório é talvez a primeira e última possibilidade que o acusado tem de defrontar-se pessoalmente com um magistrado togado. Em minhas anotações, registrei que a possibilidade de encontrar-se com um magistrado é garantia prevista tanto na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, subscrita sob a égide da ONU, como também no Pacto de São José da Costa Rica; ambos documentos internacionais assinados pelo Brasil. O Plenário desta Corte tem atribuído às regras que

HC 90.900 / SP

nesses documentos internacionais se contém o caráter de, no mínimo, metanormas. Inclusive o eminente Ministro Celso de Mello já evoluiu para atribuir-lhes uma hierarquia constitucional, mas há, sem dúvida nenhuma, um consenso neste Plenário de que constituem verdadeiras metanormas que se superpõem às leis ordinárias.

Eu, data vênia, não me impressiono com relação ao argumento da segurança pública, que pode eventualmente ser colocada em cheque, porque o próprio Código de Processo Penal já prevê em seu artigo 185, § 1º, recentemente introduzido pela Lei 10.792, em 2002, a possibilidade, ou até o dever de o juiz deslocar-se até o estabelecimento prisional para ouvir pessoalmente o réu.

Nestes termos, Senhor Presidente, e também assentando que vejo aí uma inconstitucionalidade de caráter formal, porque o Estado de São Paulo legislou em matéria de processo, que é competência exclusiva da União, peço vênia para divergir da eminente Relatora e conceder a ordem.

30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, vou pedir vênia à Ministra Ellen Gracie para também acompanhar a divergência.

Tenho insistido comigo, sempre, em nada dizer quando nada tenho a acrescentar. Eu nada tenho a acrescentar ao voto brilhante do Ministro Cezar Peluso no HC nº 88.914 e mais às considerações que foram trazidas aqui.

De modo que, especialmente com relação à inconstitucionalidade formal nos termos das observações do Ministro Carlos Alberto Direito, se nada tenho a acrescentar, a única coisa a dizer é que acompanho a divergência.



30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, começo louvando o voto da Ministra Ellen Gracie, muito bem feito e muito bem elaborado.

Entendo que não há inconstitucionalidade formal.

Vejo que a lei paulista atuou no campo do **modus procedendi**, vale dizer, ela não dispôs sobre o instituto do interrogatório em si; se cabe ou não interrogatório; quando será feito ou não o interrogatório, simplesmente dispôs sobre o interrogatório por modo virtual e não por modo físico, presencial. E, aí, não me parece que atuou no campo do processo propriamente dito, mas do procedimento.

Eu tenho um estudo sobre a diferença entre processo e procedimento, estudo já antigo, acho que é de 1998 e está no meu livro "O Perfil Constitucional da Licitação". Disse no livro o seguinte:

*"(...) o espaço insito ao procedimento **está na retomada daquele quarto elemento, que é o modo de realização de cada um dos atos do processo.** Tem a ver com o aporte de mais uma regulação" - isso é o que interessa - "quanto à maneira de praticar os atos*

*processuais, sem interferência na determinação quantitativa deles, respectivos autores e ordem temporal em que deverão vir à tona. E sem contrariedade, claro, ao **modus procedendi** já estabelecido pelas normas de processo."*

O "**modus procedendi**", aqui, é simplesmente quanto à maneira de se fazer o interrogatório, não indicando o número das perguntas, os pressupostos, os requisitos, simplesmente dizendo que o interrogatório do réu será feito por "videoconferência". Na verdade, eu não gosto nem dessa expressão "videoconferência", porque me parece próprio para quem faz uma conferência, naturalmente, dá uma aula, faz uma exposição. E um videocinterrogatório quando se trata, conforme o caso, do réu; ou videoinquirição quando se trata de testemunhas. Porém, nem sempre o legislador homenageia o sentido lógico das palavras.

Então rejeito, aqui, a pecha de inconstitucionalidade formal quanto à lei e acompanho a eminente Relatora.

Quanto ao vício de inconstitucionalidade material, aí, sim, peço à eminente Relatora para discordar do voto de Sua Excelência.

Penso que para as partes - distingo partes de testemunha - o acesso à jurisdição, que é Direito fundamental de índole constitucional, incorpora o acesso ao juiz. Não há jurisdição sem juiz, não há juiz sem jurisdição, no que toca às partes do processo. É como supor o Congresso Nacional, tido como a casa do

povo, a casa do povo sem povo, funcionando trancadamente, hermeticamente, sem possibilidade de freqüência dos seus recintos pelo público. Esse acesso ao juiz é expressão da garantia constitucional do processo que atende pelo nome de juiz natural, e o próprio nome juiz natural também é auto-explicativo. Juiz natural não é juiz virtual. Na chamada "videoconferência", o juiz se faz virtual. Ora, o juiz natural, por definição, contrapõe-se ao juiz virtual; é um juiz que vê e é visto fisicamente. Vale dizer, se encararmos o tema do ângulo do réu, esse direito é o de ouvir e ser ouvido **in natura**, o direito de ver e ser visto **in natura**. Isso faz parte também da ampla defesa. Eu não concebo a ampla defesa senão nessa perspectiva para as partes - eu não estou cuidando de testemunhas-, senão na perspectiva do juiz natural e da garantia da ampla defesa.

Se a moda pega no sentido do interrogatório virtual, vamos estendê-la ao júri também. O interrogatório perante o Tribunal do Júri já não se fará fisicamente, pessoalmente, far-se-á também à distância e virtualmente.

Entendo que esse direito de ver e ser visto, de ouvir e ser ouvido, não só expressão da garantia do juiz natural, como da garantia da ampla defesa, porque importa muito, no interrogatório de um réu, o gestual, o mímico, o **facies**, o metal de voz, o brilho do olho, tudo faz parte de uma aferição natural insubstituível pela

tecnologia da televisão, sem falar que o réu certamente se sentirá inibido ao ser filmado, ao se ver como objeto de um aparato tecnológico de filmagem, falando para quem ele não vê fisicamente, para quem ele não houve em estado natural.

Não ignoro as dificuldades, há até certos réus efetivamente perigosos, de má fama, e o seu deslocamento pode colocar em risco, sim, a incolumidade das pessoas, de testemunhas, dos juízes, dos promotores, isso é fato, mas é uma questão de segurança pública, é dever do Estado providenciar o transporte, quem sabe até não dele, do réu, mas do juiz, não ele ir até o juiz, mas o juiz ir até ele. O fato é que isso não pode, a meu juízo, estreitar os limites, conspurcar essas garantias constitucionais do processo, sem falar no direito material: a igualdade.

A doutora Daniela me parece que foi muito feliz, entre outras passagens, quando falou da "videoconferência" como uma ferramenta, um mecanismo de discriminação entre pobres e ricos; e, nessa medida, o princípio da igualdade, um protoprincípio constitucional, que se lê desde o preâmbulo da Constituição, e só na cabeça do artigo 5º ele comparece duas vezes, resultaria vulnerado.

Por isso, Senhor Presidente, do ângulo material, concedo o **habeas corpus**.


30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, tenho longa argumentação sobre o assunto no HC nº 88.914, que incorporarei ao julgamento, mas apenas farei três referências: em primeiro lugar, o ato interrogatório, para mim, com o devido respeito, não é apenas um modo que entra na classe genérica do procedimento. Interrogatório é ato típico de defesa, que corresponde exatamente à autodefesa, isto é, à defesa exercida pessoalmente pelo réu em vários momentos do processo, mas particularmente no interrogatório, e por isso é objeto da garantia constitucional da ampla defesa. Na medida em que de qualquer modo a lei restringe, atenua esse ato ou, enfim, o desveste das garantias todas que devem cercá-lo, a mim me parece que há ofensa constitucional, e essa é a razão a mais por que a lei paulista não poderia ter disciplinado a matéria.

Em segundo lugar, em relação à Convenção de Palermo, aprovada pelo Decreto nº 5.015, de 2004 – isso também consta do meu voto –, além de referir-se apenas a crime organizado transnacional, que não é o caso, não foi regulamentada até hoje. 

HC 90.900 / SP

Em terceiro lugar, pondero também toda a questão de custo/benefício. Recordel, no meu voto, uma expressão muito interessante do saudoso Professor Sérgio Pitombo que dizia que política criminal não é tarefa do Judiciário, cuja função específica é solucionar conflitos, tutelando a liberdade, e não socorrer o Poder Executivo em suas falhas e omissões.

Essas são as razões, Senhor Presidente, pelas quais eu reconheço a inconstitucionalidade formal e material da lei paulista.

Com a vênia da eminente Relatora, também concedo a ordem.

VOTO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO HC-88.914

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. A questão central desta impetração diz com a legalidade de interrogatório realizado mediante videoconferência. E, nos termos em que o foi, destituído de suporte legal, é deveras nulo o ato, porque insultuoso a garantias elementares do justo processo da lei (*due process of law*).

2. A Constituição da República, no art. 5º, inc. LV, assegura, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, enquanto cláusulas do devido processo legal.

Classificação corrente da dogmática processual penal discerne modos de defesa segundo o sujeito que a exerça. Assim, se exercida pela pessoa mesma acusada na persecução penal, tem-se autodefesa, ou defesa privada. Se aviada por profissional habilitado, com capacidade postulatória, cuida-se de defesa técnica, ou defesa pública.¹

Para atender-lhe à exigência constitucional de amplitude, a defesa deve poder exercitar-se na conjugação da autodefesa e da defesa técnica. Autodefesa e defesa técnica, enquanto poderes processuais, hão de ser garantidas em conjunto, *"em relação de diversidade e complementaridade"*.²

E, em essência, a autodefesa consubstancia-se nos direitos de audiência e de presença ou participação:

"Com relação à autodefesa, cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas".³

¹ **BELLAVISTA, Girolamo.** *Difesa giudiziaria penale.* Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1964, v. 12, p. 456. Ainda, **PÉRES PIZÓN, Alvaro Orlando.** *El derecho de defensa.* Derecho Penal y Criminología – Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, ano 12, nº 41-42, p. 93-109, mayo/dic. 1990, p. 98. E **ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos.** *Defesa penal: direito ou garantia.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 1, nº 4, p. 110-125, out.-dez. 1993, p. 114.

² **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo penal constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 252.

³ **GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães.** *As nulidades no processo penal.* 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 88.

Também chamada de defesa material ou genérica,⁴ a autodefesa é exercida mediante atuação pessoal do acusado,⁵ sobretudo no ato do interrogatório,⁶ quando oferece ele sua versão sobre os fatos ou invoca o direito ao silêncio,⁷ ou, ainda, quando, por si próprio, solicita a produção de provas, traz meios de convicção, requer participação em diligências⁸ e acompanha os atos de instrução.⁹

O direito de ser ouvido pelo magistrado que o julgará constitui consequência linear do direito à informação acerca da acusação. Concretiza-se no interrogatório, que é, por excelência, o momento em que o acusado exerce a autodefesa. e, como tal, é ato que, governado pelo chamado princípio da presunção de inocência, objeto do art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, permite ao acusado refutar a denúncia e declinar argumentos que lhe justifiquem a ação.

⁴ **BELLAVISTA, Girolamo.** *Defesa...*, op. cit., p. 456.

⁵ “A autodefesa, de que aqui se cuida, é aquela exercida pelo próprio réu, em momentos fundamentais do processo, não a que é patrocinada por advogado em seu próprio benefício, quando acusado em processo criminal. [...] Ela se manifesta no processo de várias formas: direito de audiência, direito de presença, direito a postular pessoalmente” (**FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo penal...*, op. cit., p. 263).

⁶ **TUCCI, Rogério Lauria.** *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 185.

⁷ **TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e.** *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62-63.

⁸ **SAAVEDRA ROJAS, Edgar.** *Derecho a la defensa.* *Derecho Penal y Criminología – Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.* Bogotá, ano 17, nº 56, p. 25-26, mayo/ago. 1995, p. 38-39.

⁹ **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo penal...*, op. cit., p. 264.

É preciso, pois, conceber e tratar o interrogatório como meio de defesa,¹⁰ e não, em aberto retrocesso histórico, como resíduo inquisitorial ou mera técnica de se obter confissão. Encarado como atividade defensiva, em que pode o acusado demonstrar sua inocência, perdeu toda legitimidade a absurda idéia de que o interrogatório consistiria numa série de perguntas destinadas apenas à admissão da autoria criminosa,¹¹ tal como era visto e usado nos processos inquisitórios.¹²

3. O devido processo legal, garantido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce, em regra, da observância das leis processuais penais.

“Os atos processuais ostentam a forma que a lei lhes dá”, já advertia PITOMBO,¹³ tocando à legislação definir o tempo e o lugar em que se

¹⁰ “En el modelo garantista del proceso acusatorio, informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 608). No mesmo sentido, cf. CAFFERATA NORES, José I. *El imputado*. In: CAFFERATA NORES, José I.; MONTERO, Jorge (H). *El imputado: estudios*. Córdoba: Córdoba, 2001, p. 23.

¹¹ EDWARDS, Carlos Enrique. *El defensor técnico en la prevención policial: la figura del defensor en el nuevo Código Procesal Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 65-66. O autor assinala que tal mudança de enfoque é tão importante que, na Argentina, especificamente no Código Procesal de Córdoba e Entre Ríos, houve modificação terminológica, substituindo-se o termo “interrogatório”, de conotação inquisitória, por “declarações” do imputado, vocabulo este que exprime a idéia de maior garantia aos direitos do acusado.

¹² No modelo inquisitivo de processo penal, dispensava-se o interrogatório do acusado, bem como sua defesa, no caso de a culpabilidade já estar suficientemente comprovada. E, “nos casos de prisão em flagrante, o procedimento era ainda mais sumário e célere, intitulando-se *ex abrupto*, não havendo sequer necessidade de se interrogar o acusado, que era condenado *ex informata conscientia*” (SAAD, Marta e MALAN, Diogo. *Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, nº 842, dez. 2005, p. 11-44).

¹³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório à distância*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 8, nº 93, agosto 2000, p. 1-2.

realizam. Por isso, não posso concordar com o argumento singelo de que o interrogatório por videoconferência não lesionaria o devido processo legal, porque não cria procedimento, na medida em que o ato processual em si – o interrogatório – está previsto no Código de Processo Penal.

Este diploma legal não apenas prevê tal ato, mas também regula o tempo e o lugar onde se realizam todos os atos processuais e, por óbvio, dentre eles, o interrogatório: no art. 792, *caput*, determina que as audiências, sessões e os atos processuais, de regra, se realizem na sede do juízo ou no tribunal, prédio público onde atua o órgão jurisdicional.

A realização de audiências, sessões e outros atos processuais, fora dos lugares aí indicados, pode, nos termos do § 2º do art. 792 do mesmo Código, dar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada, mas apenas em caso de necessidade. Não pode treslar-se tão expressa referência legal à hipótese de necessidade. Para isso, *“emerge preciso, pois, suceda grave óbice à prática de ato processual, na sede do juízo ou tribunal”*.¹⁴

O Código de Processo Penal admite, ainda, no art. 403, 2ª parte, que, no caso de acusado enfermo, o interrogatório seja realizado no local onde se encontre.

Ora, nenhuma das exceções ocorreu aqui. Concedendo-se, *ad argumentandum*, fosse a prática legal, amparada de validade no ordenamento

¹⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório...*, op. cit.

jurídico em vigor, a suposição em nada aproveitaria ao caso, pois o magistrado limitou-se a decidir pelo Interrogatório mediante videoconferência, sem nenhuma fundamentação, nem explicação.

Não era lícita, porém, como ainda o não é, realização de interrogatório por esse meio:

“Não desponha possível, ao menos por enquanto, aceitar que o mencionado ato do procedimento suceda em dois lugares – Vara Criminal e carceragem –, no mesmo instante processual, sem que ocorra necessidade imperiosa; e, do mesmo modo, se reconheça o estabelecimento prisional, como ‘casa’, no sentido da lei”.¹⁵

4. Não fujo à realidade para reconhecer que, por política criminal, diversos países – Itália, França, Espanha, só para citar alguns – adotam o uso da videoconferência – sistema de comunicação interativo que transmite simultaneamente imagem, som e dados, em tempo real, permitindo que um mesmo ato seja realizado em lugares distintos – na *praxis* judicial. É certo, todavia, que, aí, o uso desse meio é previsto em lei, segundo circunstâncias limitadas e decisão devidamente fundamentada,¹⁶ em cujas razões não entra a comodidade do juízo. Ainda assim, o uso da videoconferência é considerado

¹⁵ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório...*, op. cit.

¹⁶ DE LA MATA AMAYA, José. *La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales*. Actualidad Penal. Madrid, nº 47-48, p. 1267-1286, 16 al 29 de diciembre de 2002, p. 1269-1275.

“mal necessário”,¹⁷ devendo empregado com extrema cautela e rigorosa análise dos requisitos legais que o autorizam.

Não é o que se passa aqui.

Não existe, em nosso ordenamento, previsão legal para realização de interrogatório por videoconferência. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto.

5. O Projeto de Lei nº 5.073/2001, que, aprovado, se transformou na Lei nº 10.792/2003, recebeu emendas no Senado Federal, entre as quais a que possibilitava interrogatório por videoconferência, nestes termos:

Art. 185. O acusado que comparecer perante autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

[...]

§ 3º. Os interrogatórios e as audiências judiciais poderão ser realizados por meio de presença virtual em tempo real, sempre que haja motivo devidamente fundamentado pelo juiz acerca de segurança pública, manutenção da ordem pública, ou garantia da aplicação da lei penal e instrução criminal, e desde que sejam assegurados canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que permanecer no presídio e os advogados presentes nas salas de audiência dos Fóruns, e entre estes e o preso.

¹⁷ CONTI, Carlotta. *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente [Comentário de jurisprudência]*. L'Indice Penale. Padova, nuova serie, anno III, nº 3, p. 1275-1284, settembre-dicembre 2000, p. 1283-1284.

§ 4º. Nos presídios, as salas reservadas para esses atos serão fiscalizadas por oficial de justiça, funcionários do Ministério Público e advogado designado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 5º. Em qualquer caso, antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista ao acusado com seu defensor”.

Tal emenda foi, porém, rejeitada, de modo que suas proposições não entraram na ordem jurídica vigente. E, multa embora o país seja signatário da Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional –, tendo editado o Decreto nº 5.015/2004, que prevê o uso da videoconferência (art. 18, n. 18, e art. 24, n. 2, *b*), até hoje não disciplinou a matéria, como o exigem a mesma previsão genérica e a reverência às garantias constitucionais da defesa.

É bom lembrar, ainda, que, instituída comissão para preparar sugestões sobre a realização de interrogatório *on-line* de presos considerados perigosos, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária lhe rejeitou a prática, ao editar a Resolução nº 05, de 30 de novembro de 2002.

6. Lei vigente, estatui o art. 185, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 10.792/2003, que “*o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado*”.

No § 1º, estabelece que “*o interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor*”.

e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal".

Ainda que preso, deve, pois, o acusado comparecer **perante** a autoridade judiciária, seu juiz natural, para ser interrogado.¹⁸

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, prescreve, ademais, no art. 7º, n. 5, que *"toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à **presença** de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais"*.¹⁹ No mesmo sentido dispõe o art. 9º, n. 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Clara, portanto, a opção legislativa: na impossibilidade de o réu preso ser conduzido ao fórum, por razões de segurança, é o magistrado quem deve deslocar-se até ao local onde aquele se encontre, para o interrogar.

7. O interrogatório é ato processual subjetivamente complexo.²⁰ Dele participam acusado, defensor (art. 185, *caput* e § 2º, do Código de Processo Penal), intérprete, se seja o caso (arts. 192, § único, e 193 do Código de Processo Penal), acusador (art. 188 do Código de Processo Penal) e juiz.²¹

¹⁸ **FERNANDES, Antonio Scarance.** *A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 12, nº 147, fev. 2005, p. 7.

¹⁹ Grifos nossos.

²⁰ **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Interrogatório...*, op. cit.

²¹ "O Código de Processo Penal prevê apenas o interrogatório entre presentes, realizado em audiência na qual participam o juiz, o Ministério Público, o acusado e seu defensor" (**BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy.** *A lei estadual nº 11.819, de 05/01/05 e o interrogatório por videoconferência – primeiras impressões.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 12, nº 148, mar. 2005, p. 2).

Ora, não há como nem por onde atender a essas formalidades legais, necessárias à regularidade do interrogatório, quando seja este realizado a distância, em dois lugares simultaneamente. Não se sabe onde devem estar defensor e intérprete, se junto ao juiz ou ao lado do réu.

Afinal, *“se o defensor achar-se no estabelecimento prisional, não poderá consultar os autos do processo, obstando a que, séria e profissionalmente, oriente o increpado, antes do interrogatório”*.²²

Ademais, no caso dos autos, o ora paciente não foi sequer citado, como o impõe o art. 360 do Código de Processo Penal, nem tampouco requisitado, mas apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no mesmo dia em que o interrogatório se realizou.

8. Ansioso, aguarda o acusado o momento de estar perante seu juiz natural (art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da Constituição da República).

Aguardam ambos: o acusado solto e o acusado preso. Razão alguma de economia, ou de instrumentalidade, apóia tratamento não-igualitário, afrontoso ao art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

Se o acusado, que responde ao processo em liberdade, comparece perante o juiz para ser interrogado, *a fortiori* deve comparecer o réu que se ache preso sob guarda e responsabilidade do Estado e, como tal, despidido da liberdade de locomoção. Está nisso, aliás, a origem do *habeas*

corpus, palavras iniciais de fórmula de mandado que significam *tome o corpo* (do detido para o submeter, com o caso, ao tribunal)²³; no reconhecimento da necessidade de apresentação do réu preso ao juiz que o julgará.

Assim, *"não faz sentido que a comunicação entre a suposta vítima de prisão arbitrária e o juiz se dê justamente no local em que tal ilegalidade está ocorrendo, sem as garantias mínimas necessárias para que a pessoa possa levar ao conhecimento judicial fatos que afrontam a legalidade e requerem sua intervenção. Como resta claro, o sistema internacional de direitos humanos elegeu o juiz como garante do Estado Democrático de Direito, colocando-o em posição privilegiada e dotando-o de poder-dever de fiscalizar a legalidade de toda detenção. Disso decorre que a apresentação física do detido é a única forma capaz de permitir ao juiz que verifique as reais causas da detenção e o modo pela qual esta vem sendo exercida, fazendo-a cessar imediatamente, se necessário"*.²⁴

Mas *"o interrogatório que, para o acusado, se faz em estabelecimento prisional, não acontece com total liberdade. Ele jamais terá suficiente serenidade e segurança, ao se ver interrogar na carceragem – ou outro lugar, na Cadeia Pública. Estará muito próximo ao carcereiro, ao 'chefe de*

²² PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório...*, op. cit. No mesmo sentido, cf. FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *A falácia dos interrogatórios virtuais*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 10, nº 120, novembro 2002, p. 1-2.

²³ Cf. MIRANDA, Pontes. *História e prática do habeas-corpus*. 2ª ed. Rio: José Konfino, 1951, p. 23, § 4, nº 1. Ainda, COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 75.

raio', ao 'xerife de cela', ao co-imputado preso, que, contingentemente, deseje delatar. O interrogado poderá, também, ser um 'amarelo'; ou se ter desentendido com alguma quadrilha interna e, assim, perdido a paz, no cárcere. Em tal passo, o primeiro instante do exercício do direito de defesa, no processo, ou autodefesa torna-se reduzida. O inculcado não será, pois, ouvido, de forma plena (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República)".²⁵

Tanto não é raro que a comunicação livre, entre acusado e defensor, seja perturbada ou tolhida, que a Lei nº 4.878/65, dispondo sobre o regime jurídico dos policiais federais, reputa, no art. 43, inc. LVI, transgressão disciplinar *"impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase do inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado, mesmo ocorrendo incomunicabilidade, a presença de seu advogado"*.

Como ato típico de defesa, entranhado de importância probatória e força simbólica, o interrogatório precisa ser espontâneo, garantido contra toda forma de coação ou tortura, física ou psicológica. Reclama, ainda, se permita ao acusado provar o que afirme em defesa, mediante indicação de elementos de prova e requerimento de diligências pertinentes, nos termos do art. 189 do Código de Processo Penal.

²⁴ **WEISS, Carlos.** *Manifestação do conselheiro referente à realização de interrogatório on-line para presos perigosos.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 10, nº 120, p. 4-5, novembro 2002, p. 5.

²⁵ **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Interrogatório...*, op. cit.

9. Em termos de garantia individual, o virtual não vale como se real ou atual fosse, até porque a expressão “conduzida perante” *“não contempla a possibilidade de interrogatório on-line”*.²⁶

“Processo, por definição, é atividade que se realiza em contraditório, ou seja, com a participação dos interessados no provimento final (Fazzolari). Por isso, não há como falar em processo penal sem a presença do maior interessado na decisão – o acusado – nos atos processuais, que assim são qualificados exatamente pela circunstância de serem realizados diante do juiz e com a intervenção das partes.

Daí ser inviável, a menos que se considere o processo como simples encenação ou formalidade, a ouvida do preso como acusado, ou mesmo como testemunha em outro processo, sem que o mesmo esteja fisicamente presente ao ato processual correspondente. Por mais sofisticados que sejam os meios eletrônicos, somente a presença efetiva da audiência pode assegurar a comunicação entre os sujeitos processuais. Basta lembrar que até mesmo para aferir a sinceridade ou falsidade de uma declaração conta muito a percepção direta e imediata das reações do réu ou da testemunha”.²⁷

10. Em favor da adoção do interrogatório por videoconferência, invocam-se, sobretudo, a celeridade, a redução de custos e a segurança²⁸ que adviriam de sua prática.

²⁶ CINTRÁ JR., Dyrceu Agular Dias. *Interrogatório por videoconferência e devido processo legal*. Revista Direito e Política. São Paulo, v. 5, p. 97-100, abr.-jun. 2005, p. 99.

²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Garantismo à paulista (a propósito da videoconferência)*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 12, nº 147, fev. 2005, p. 6.

²⁸ Cf. PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório por sistema de videoconferência*. Revista TRF – 3ª Região. São Paulo, nº 68, p. 13-23, nov.-dez. 2004, p. 18-20; DE LA MATA AMAYA, José. *La utilización de la videoconferencia...*, op. cit., p. 1276-1277. ARAS, Vladimir. *Videoconferência no processo*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, ano 4, nº 5, p. 173-195, abril-junho 2005, p. 191-192.

Sua adoção aceleraria o trâmite procedimental, porque *“não será mister marcar o interrogatório para data distante, pois, conforme é notório, ao se designar o ato, deve-se levar em conta o tempo necessário da tramitação da requisição do réu às autoridades prisionais, a fim de que estas possam viabilizar seu comparecimento, na data aprazada”*.²⁹

Haveria *“significativa economia com gasto de combustíveis e manutenção de viaturas”*.³⁰

A segurança pública aumentaria em razão da *“desnecessidade de movimentação de réus presos pelas ruas. Minimiza-se, à evidência, a possibilidade dos ‘resgates’ em hipóteses tais, cujo risco à população é evidente, frente à violência que, ordinariamente, envolve tais episódios. Em adendo à vantagem acima, considere-se a viabilidade de transferir, imediatamente, centenas de policiais, que fariam as escoltas dos acusados, para policiamento ostensivo das ruas, otimizando e maximizando a vigilância”*.³¹

Argumenta-se, assim, com dificuldades de transporte e com o fato de a apresentação do preso retardar o ato em dano de sua própria libertação mais expedita; eliminar-se-iam riscos para o preso e para a sociedade. gastos

²⁹ PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório...*, op. cit., p. 18.

³⁰ PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório...*, op. cit., p. 19.

³¹ PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório...*, op. cit., p. 20.

com combustível e escolta,³² e o preso não interromperia sua rotina – de que? – no presídio.

É natural que, quando se tenta impor mudança tão substantiva, aflore a tendência de se lhe realçar os benefícios e diminuir o alcance das perdas, que decerto não são poucas nem inexpressivas, e das quais a mais significativa está no esvaziamento ou debilitação do substrato humano do sistema penal, por conta de uma visão econômica e instrumental do processo que é absolutamente cega a todos os custos doutra ordem.³³

11. Política criminal não é tarefa que caiba ao Poder Judiciário, cuja função específica *“é solucionar conflitos, tutelando a liberdade jurídica, e não socorrer o Poder Executivo, em suas falhas e omissões”*.³⁴

³² **BARROS, Marco Antonio de.** Teleaudiência, interrogatório on-line, videoconferência e o princípio da liberdade da prova. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 92, nº 818, p. 424-434, dezembro 2003, p. 429.

³³ Arreda-se o humano, a pretexto de economia e simplicidade. No processo penal, todavia, há sempre o problema da verdade material, que “nada tem ele com a utilidade do processo; com seu custo-benefício; ou algo semelhante. Daí, todos os perigos de se fazer prevalente a idéia de instrumentalidade, sobre a de justiça, enquanto juízo de valor, quando se cuida de liberdade jurídica [...]. Três deveres, portanto, guarda o Juiz penal: de impulsionar a pesquisa à verdade material; de garantir o contraditório real, enquanto ocorre a busca válida da verdade material; e, de persegui-la, de modo espontâneo, quando aprecia a prova. Dever processual atente-se. A quebra acaba em nulidade; ou no melancólico esvaziamento do processo penal. [...] O poder-dever inquisitivo, a atividade supletiva do Juiz penal, não exsurge, em razão dessa natureza, menor. Bem o contrário mostra-se. Revela, antes, que a ninguém se confere o monopólio da verdade material. Em seguida, que é indispensável romper com a burocratura processual. Depois, que está o magistrado, como sempre, em guarda, na manutenção e preservação dos direitos individuais e suas garantias” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *O juiz penal e a pesquisa da verdade material*. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques, e SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Processo penal e constituição federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 73, 75 e 77).

³⁴ **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Interrogatório...*, op. cit.

E não posso deixar de advertir que, quando a política criminal é promovida à custa de redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante.

O sistema eletrônico poderia ser usado sem disciplina específica, se não fora, o interrogatório, ato de tamanha importância à defesa, cuja plenitude é assegurada pela Constituição da República (art. 5º, inc. LV). A adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal, e, sem peias nem controle, o interrogatório po videoconferência aparece como outra cerimônia degradante do processo:

“Com efeito, as representações estereotipadas das audiências e a liturgia de certos procedimentos conduzem à alienação dos participantes e à perda de substância do próprio objeto que os reúne em torno de uma mesa ou de um balcão. E daí surge, inevitável, a triste conclusão de que ‘também o tribunal, surpreendido pela massificação da justiça, teve de sacrificar no altar da eficiência e de se converter à lógica da quantidade e à racionalidade burocrática’”.³⁵

12. A perda do contato pessoal com os partícipes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais,³⁶ fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. E, todos sabemos, *“o exercício da magistratura é tarefa incômoda. Deve ser exercitada com todos os riscos*

³⁵ **DOTTI, René Ariel.** *O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante.* Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 34, nº 134, p. 269-273, abr.-jun. 1997, p. 273.

³⁶ “Some-se o desconforto que a presença do preso causa ao trazer para o ambiente asséptico dos tribunais a desagradável realidade das carceragens” (**OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt.** *Parecer da conselheira, relatora da comissão constituída para elaborar anteprojeto referente à realização de interrogatório on-line para presos perigosos.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 10, nº 120, p. 2-4, novembro 2002, p. 3).

inerentes ao ministério".³⁷ E isso compreende observar a curial recomendação norteamericana de que cumpre aos juízes cuidarem de "*smell the fear*", coisa que, na sua tradução prática para o caso, somente pode alcançada nas relações entre presentes:

"Acrescentando-se a distância e a 'assepsia' gerada pela virtualidade, teremos a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Se uma das maiores preocupações que temos hoje é com o resgate da subjetividade e do próprio sentimento no julgar (sentenciar = sentenciando = sentire), combatendo o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do eu, o interrogatório on-line é um imenso retrocesso civilizatório (na razão inversa do avanço tecnológico)".³⁸

Mais do que modo de ver e ouvir, o interrogatório é evento afetivo, no sentido radical da expressão. Assim como em sessão psicanalítica, é fundamental a presença física dos participantes em ambiente compartilhado. Duras críticas já foram, aliás, desferidas contra a possibilidade de realização de sessões psicanalíticas por telefone, e cuja adoção é também sustentada com base em razões de economia de tempo, de esforço e coisas que tais.³⁹

³⁷ **FERNANDES, Paulo Sérgio Leite.** *A falácia...*, op. cit., p. 2.

³⁸ **LOPES JR., Aury.** *O interrogatório on line no processo penal: entre a assepsia judiciária e o sexo virtual.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 13, nº 154, p. 6-7, set. 2005, p. 6.

³⁹ **ZALUSKY, Sharon.** *Telephone analysis: out of sight, but not out of mind.* J. Am. Psychoanal Ass., v. 46, nº 4, 1998, p. 1221-1242.

A comunicação não pode prescindir de tudo o que não é verbal mas acompanha o que é dissimulado por palavras.⁴⁰ Quanto mais rica a relação "in vivo", tanto mais eficaz o experimento.⁴¹ A percepção nascida da presença física não se compara à visual, dada a maior possibilidade de participação e o fato de aquela ser, ao menos potencialmente, muito mais ampla.

Tais observações podem bem ser transplantadas para o terreno crítico do processo penal, em razão do óbvio contato pessoal que deve mediar entre acusado e juiz:

"Sendo o interrogatório primordialmente um meio de defesa, não se pode admitir que seja possível tal forma de inquirição. Não importa o que o réu vai dizer ao julgador, se vai confessar ou não, se pretende invocar o direito de permanecer calado ou não, enfim, qualquer que seja a hipótese, ele (acusado) tem o direito de avistar-se com o magistrado. Que meio de defesa seria esse que não permite ao réu nem mesmo ver e ouvir, pessoalmente, o órgão jurisdicional que vai julgá-lo? Não importa que no processo penal não vige o princípio da identidade física do magistrado, pois o fato em jogo é a possibilidade do acusado estar em contato com a pessoa de um juiz (e não do juiz). Ele pode querer fazer alguma denúncia de maus-tratos ou de tortura (fará essa acusação estando dentro da cadeia, sob a fiscalização das autoridades penitenciárias?); pode desejar sentir a posição do juiz para saber se vale a pena confessar ou não (algo que somente o contato humano pode avaliar); pode ter a opção de contar ao interrogante alguma pressão que sofreu ou esteja sofrendo para dizer algo que não deseja (de outro preso, por exemplo, pleiteando inclusive a mudança de cela ou de presídio), entre outras tantas hipóteses possíveis. Subtrair do réu essa possibilidade, colocando-o de um lado da linha telefônica, enquanto o juiz fica do outro,

⁴⁰ ARGENTIERI, Simona e MEHLER, Jacqueline Amati. *Análisis por telefono: 'hola, ¿quién habla?'*. Psicoanálisis Internacional: Suplemento, v. 12, n° 1, june 2003, p. 18-19.

⁴¹ HABIB, Luis E. Yamin. *La presencia física: es un sine qua non del análisis*. Psicoanálisis Internacional: Suplemento, v. 12, n° 1, june 2003, p. 25-27.

conectados por um computador, frio e distante, sem razão especial (a não ser comodidade), é ferir de morte os princípios do devido processo legal e da ampla defesa”.⁴²

“Assim, para o exercício de tal atividade, sobretudo em razão das inúmeras denúncias de desrespeito aos direitos humanos por parte de agentes da repressão em geral (policiais, agentes penitenciários), é fundamental que o juiz converse com a pessoa do réu e não com uma representação de quem está constrangido num presídio, do outro lado da linha. A prática, além de nada garantir quanto à liberdade de autodefesa que o preso exerce ao ser interrogado, impossibilita uma perfeita percepção da personalidade do réu, quer para fins de concessão de liberdade provisória, quer para a atividade futura de individualização da pena, se for caso de condenação. Mais que isto, em face do princípio constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal), o interrogatório há que ser feito na presença do defensor, que tem direito a intervir”.⁴³

13. A prática do interrogatório por meio de videoconferência viola, ademais, a publicidade que deve impregnar todos os atos do processo.

“Ao devido processo penal importa a ampla publicidade dos atos, exibindo-se a restrição qual excepcionalidade (arts. 5º, inc. LX e 93, inc. IX, da Constituição da República, e, ainda, art. 792, caput, do Código de Processo Penal). As exceções, agora apontadas na Lei Maior, são: defesa da intimidade, interesse social e interesse público. O interesse público limita-se ao ‘escândalo, inconveniente grave, ou perigo de perturbação da ordem’ (art. 792, § 1º, do Código de Processo Penal).

A publicidade ativa, imediata, externa, ou direta permite que qualquer do povo presencie o ato processual, ou dele tome conhecimento. As pessoas que assistem, a lei do processo denominou espectadores (art. 793, 1ª parte e 795, do Código de Processo Penal). À evidência, não se dará acesso à carceragem, para tais pessoas. Reduz-se a publicidade e sem amparo constitucional”.⁴⁴

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 234-235. Grifei.

⁴³ CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. *Interrogatório por videoconferência...*, op. cit., p. 99.

14. Não vejo, em síntese, como, à luz da leitura constitucional do processo penal, absolver esse “*garantismo à brasileira*”, segundo a fina ironia de **ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO**, que, ao tratar da Lei paulista nº 11.819/2005, a qual, afetando respeitar as garantias constitucionais, pretendeu instituir o interrogatório mediante videoconferência, não a poupou: “*a referência expressa à observância das proclamadas garantias constitucionais busca ocultar justamente a violação dessas mesmas garantias pelo método que a lei paulista quer adotar*”.⁴⁵

“Todas as observações críticas deságuam na convicção alimentada pela visão humanista do processo penal: a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e, muito menos, o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão”.⁴⁶

15. Eivado de nulidade, pois, o interrogatório do paciente, que, ainda sob a vigência do art. 185, na redação anterior à reforma de 2003, se realizou por teleaudiência, porque agride o direito de, no ato, estar o acusado perante o juiz.

⁴⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório...*, op. cit.

⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Garantismo à paulista...*, op. cit., p. 6.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. *O interrogatório à distância...*, op. cit., p. 273.

Esta Corte já proclamou que constitui direito do acusado, posto que preso, estar presente à realização de atos do procedimento penal:

“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 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').

- 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 nº 86.634, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 23.02.2007*).

"DIREITO DO RÉU PRESO DE SER REQUISITADO E DE COMPARECER AO JUÍZO DEPRECADO PARA OS ATOS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL - POLÊMICA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO TEMA - ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL - CONCESSÃO DO 'WRIT' - O acusado - inobstante preso e sujeito à custódia do Estado - tem o direito de comparecer, assistir e presenciar os atos processuais, especialmente aqueles realizados na fase instrutória do processo penal condenatório. Incumbe ao poder público requisitar o réu preso para presenciar, no juízo deprecado, a inquirição de testemunhas. Essa requisição do acusado preso, que objetiva garantir-lhe o comparecimento a instrução criminal, traduz consequência necessária dos princípios constitucionais que asseguram aos réus em geral, 'em caráter indisponível', o direito ao 'due process of law' e, por via de consequência, ao contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a esta inerentes. São irrelevantes, nesse contexto, as alegações do poder público concernentes a dificuldade ou inconveniência de proceder a remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do país. essas alegações, de mera conveniência administrativa, não tem - e nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a constituição. polemica doutrinária e jurisprudencial em torno desse tema. a posição (majoritária) da jurisprudência do supremo tribunal federal: ocorrência de nulidade meramente relativa. ressalva da posição pessoal do relator, para quem a violação desse direito implica nulidade absoluta do processo penal condenatório. a presença do acusado e a sua participação pessoal nos atos processuais constituem expressão concreta do direito de defesa. perspectiva global da função defensiva: a autodefesa da parte e a defesa técnica do advogado" (*HC Nº 67.755, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 11.09.1992*).

O prejuízo oriundo da supressão do interrogatório entre presentes é intuitivo, embora de demonstração impossível. Por ocasião da

defesa prévia, o procurador nomeado já pugnou pela nulidade do interrogatório (art. 564, inc. III, e, c.c. art. 572 do Código de Processo Penal). E não há como saber se, diante da presença física do paciente no ato de interrogatório, se teria modificado o desfecho da causa.

A inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição, que a garante em plenitude. Até na Itália, onde se permite recurso à videoconferência, reconhece-se que sua prática fere o direito de defesa, porque *“l’effettiva, piena e sostanziale partecipazione dell’imputato al procedimento penale può realizzarsi esclusivamente mediante la presenza fisica dello stesso alle udienze”*.⁴⁷

Quando se impede o regular exercício da autodefesa, por obra da adoção de procedimento sequer previsto em lei, tem-se agravada restrição à defesa penal, enquanto incompatível com o regramento contido no art. 5º, LV, da Constituição da República, o que conduz à nulidade absoluta do processo, como a tem reconhecido este Tribunal, à vista de prejuízo ínsito ao descumprimento da forma procedimental adequada:

“II - Defesa - Entorpecentes - Nulidade por falta de oportunidade para a defesa preliminar prevista no art. 38 da L. 10.409/02: demonstração de prejuízo: prova impossível (HC 69.142, 1ª T., 11.2.92, Pertence, RTJ 140/926; HC 85.443, 1ª T., 19.4.05, Pertence, DJ 13.5.05). Não bastassem o recebimento da denúncia e a superveniente condenação do paciente, não cabe reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida”

⁴⁷ CONTI, Carlotta. *Rimedi processuali...*, op. cit., p. 1279.

(HC nº 84.835, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26.08.2005. Grifos nossos).

16. Diante do exposto, **concedo a ordem**, para anular o Processo-Crime nº 050.02.061370-9, que tramitou pela 30ª Vara Criminal do Foro Central da comarca da Capital/SP, a contar do interrogatório do paciente, inclusive.



30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, reitero o que veiculado pelo ministro Cezar Peluso. Temos na garantia do devido processo legal a autodefesa, independentemente da capacidade postulatória, da qualificação, portanto, de advogado do acusado. Se assento que, no inciso LV do rol das garantias constitucionais, está incluída a presença, a autodefesa e o interrogatório do acusado, vejo, em normas que disciplinem esse interrogatório, feições próprias, de um lado ao direito instrumental, de outro ao direito substancial. Há implicações quanto à aplicação da penal. E não podemos conceber que regras disciplinando o tema variem de unidade de Federação para unidade de Federação, conforme a opção política normativa adotada. O que ocorre, Presidente? Será que a matéria que estamos a tratar é estranha ao Código de Processo Penal? É uma matéria estranha a alterações recentemente introduzidas no Código de Processo Penal - já não imagino o Código de Processo Penal da década de 40, mas normas processuais atuais. Será que não temos a regência da matéria no Código de Processo Penal? Temos.

A Lei recente de 2003, que alterou a Lei nº 10.792, que alterou o Código de Processo Penal, previu que realmente pode não se dar o interrogatório do acusado no próprio juízo, na dependência do foro, na dependência do próprio juízo; Mas o

HC 90.900 / SP

legislador, como convinha, em disciplina linear para todo o Brasil continental, inseriu no contexto - o legislador competente, a União, o Congresso Nacional - a videoconferência? Não, não inseriu. Inseriu algo que realmente desloca o interrogatório da sede do juízo para local diverso. Especificou, porém, esse local ao prever, no § 1º do artigo 185, que o interrogatório do acusado preso poderá ser feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo - não acredito que inexista, por exemplo, local apropriado numa penitenciária, numa delegacia de polícia, principalmente no Estado de São Paulo, a maior unidade da Federação - a segurança, o interrogatório será feito e em que termos? Por videoconferência? Não. O Código de Processo Penal prevê a requisição do acusado para ser ouvido.

Entre, Presidente, a videoconferência e o deslocamento do Estado-juiz, com o aparato necessário, que se fique com este último, no que viabiliza o direito de defesa.

Ouvi da tribuna que, no caso, essa forma moderna, mas que maltrata o direito de defesa, que é a videoconferência, será observada apenas em relação aos menos afortunados. Os que não são menos afortunados também poderão estar presos. Surge outra dualidade. Que outra dualidade é essa? Aquele que estiver submetido à custódia do Estado, já numa posição inferiorizada, será ouvido

mediante o moderno meio mencionado, a videoconferência, e o que se defende em liberdade terá a possibilidade de contactar, de perceber - então, nesse caso, o juiz não será um juiz oculto, será um juiz presencial - o próprio órgão, sentindo-se seguro, inclusive, para lançar a autodefesa em face da presença do mesmo magistrado.

Há regência, Presidente, no Código de Processo Penal a envolver não um simples procedimento. Diz respeito, porque há repercussão, inclusive, no campo do direito material, a processo e, portanto - há muitos bem-intencionados, mas que não percebem o contexto, as implicações -, essa disciplina pelo Estado de São Paulo acabou por implicar a usurpação da competência do Congresso Nacional. Que venha uma lei até dispondo sobre a videoconferência, e apreciaremos a harmonia ou não dessa lei com o texto constitucional que a todos submete, inclusive ao legislador comum.

Vejo, Presidente, os dois vícios na espécie, com a devida vênia da colocação feita pela relatora e com vênia parcial pedida ao ministro Carlos Ayres Britto, no que não vislumbrou o defeito formal, e por isso concedo a ordem consignando que, pela vez primeira, estou a enfrentar o tema, mas vinha refletindo há muito sobre ele, formando convencimento, convencimento que acajei de exteriorizar.

É como voto.

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

V O T O

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu também peço todas as vênias à Ministra-Relatora, mas já havia votado assim também na Turma, como agora destacado, no sentido da inconstitucionalidade formal.

Antes, porém, gostaria de destacar o trabalho meritório da Defensoria Pública de São Paulo, personalizado pela atuação da Defensora Dra. Daniela Sollberger.

O SR. MINISTRO MENEZES DIREITO - Senhor Presidente, como o litisconsorte, nesse caso é facultativo, sou obrigado também a incorporar matéria que já tenho destacado na Primeira Turma várias vezes. Se fosse unitário, eu não faria nenhuma observação.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Todos nós não nos cansamos de destacar a importância do papel das defensorias públicas e saudamos, inclusive, a iniciativa do Estado de São Paulo de estabelecer inicialmente a Defensoria Pública.

No caso, gostaria de enfatizar, tal como fiz por ocasião do julgamento do referido habeas corpus na Segunda Turma,

HC 90.900 / SP

que entendo ser esta uma inconstitucionalidade formal, decorrente do fato de a União não ter legislado em matéria de processo penal.

Não subscrevo a tese da inconstitucionalidade material, tão bem esgrimida e tecida no voto do Ministro Cezar Peluso.

Essa ressalva eu já havia feito também naquela assentada, reafirmo.

Farei a juntada do voto proferido naquela ocasião.

HABEAS CORPUS 88.914-0 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, confesso que algumas das perplexidades suscitadas no voto do Ministro Cezar Peluso, também, ressaltavam a idéia de uma certa funcionalidade do processo penal que tem justificado essa prática, tendo em vista razões eminentemente pragmáticas. Mas vimos, de forma muito clara, que um só fundamento seria suficiente na espécie para justificar a concessão da ordem de **habeas corpus**: o não respeito ao princípio estrito da legalidade.

Não há lei a autorizar. Houvesse lei, certamente, teríamos que discutir outras questões pontuadas no brilhantíssimo voto que Sua Excelência acaba de proferir. Toda esta questão relativa à conformação, nos termos em que nós entendemos o contraditório e a ampla defesa. Encontrar-se uma conformação adequada que faça esta possível prática do ponto de vista tecnológico compatível com a ordem constitucional.

Mas esse é um tema que poderá ser objeto de análise em outro momento se o legislador processual vier a estabelecer regras assemelhadas sobre o tema. No momento, basta-me este fundamento claro, inequívoco, que Sua Excelência tão bem esgrimiou.

30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

À revisão de apertes dos Senhores Ministros Menezes Direito, Gilmar Mendes (Presidente) e Celso de Mello.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, também gostaria de fazer uma ressalva em relação à inconstitucionalidade material. Perante esta Lei que trata da videoconferência como um princípio geral, não excluo a possibilidade, diante de outros valores constitucionais tão ou mais proeminentes, de que, em certos casos, seja eventualmente admitido o interrogatório.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro Cezar Peluso, eu gostaria de deixar claro que, quando proferi meu voto, tanto que tive a cautela de dizer que parava por aqui porque achava que bastava, na medida em que houver uma legislação específica sobre videoconferência emanada do Congresso Nacional, certamente esta Corte será chamada a examinar **in concreto** se há ou não há inconstitucionalidade.

Por isso é que parei apenas na inconstitucionalidade formal.

HC 90.900 / SP

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

Em relação, inclusive, à lembrança trazida no voto da Ministra Ellen Gracie quanto à autorização legal constante de tratado, observamos, no caso específico, que não bastava a simples autorização legal, mas é preciso que haja normas de organização e procedimento.

Lembro-me que, quando discutimos esse tema, na Turma, falou-se da possibilidade de coação, da possibilidade de que se houvesse um depoimento submetido a determinadas condições inadequadas, de condições opressivas. É preciso que a lei crie as condições adequadas e que identifiquemos essas condições básicas, se é que virá essa lei federal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E há outros problemas delicados, que é a convivência do réu com o pessoal da prisão. Após o interrogatório, ele se confrontará com o pessoal da prisão longe do juiz. Aí, para quem conhece a mecânica da vida dos nossos presídios, é um problema sério.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

Por isso terá de haver normas de organização e procedimento adequadas para que se proteja e dê as garantias básicas.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES
DIREITO:

A legislação que vier tem que estar atenta a
essas peculiaridades todas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
É, a esses aspectos todos.

30/10/2008

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 90.900-1 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, assentei o voto, também, no problema da autodefesa, compreendendo que essa só existe quando observada a presença do acusado, sob a custódia do Estado, no juízo para que perceba e tenha a indispensável segurança.

Mais do que isso: sabemos que o princípio do juízo natural acaba desaguando no tête-à-tête e na necessária percepção, pelo juiz, como ressaltou o ministro Carlos Ayres Britto, das reações fisionômicas do acusado, da sinceridade do acusado e das testemunhas. Isso é muito importante na formação do convencimento do magistrado sobre a culpa ou não daquele acusado pelo Ministério Público. E para que fique sinalizado e não venhamos a ter, talvez, que nos debruçar sobre a constitucionalidade ou não de uma lei federal, peço a Vossa Excelência que deixe consignado o meu voto quanto, também, à inconstitucionalidade material.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 90.900

PROCED.: SÃO PAULO

RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. MENEZES DIREITO

PACTE.(S): DANILO RICARDO TORCZYNNOWSKI

IMPTE.(S): DPE-SP - DANIELA SOLLBERGER CEMBRANELLI

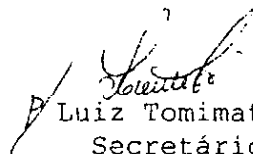
COATOR(A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 57.853 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, **acolhendo** proposta da Relatora, **submete** ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento deste **habeas corpus**. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 02.09.2008.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem de **habeas corpus** e declarou incidentalmente a inconstitucionalidade formal da Lei paulista nº 11.819/2005, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que declaravam também a inconstitucionalidade material da referida lei, e a Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora), que indeferia a ordem. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou pelo paciente a Dra. Daniela Sollberger Cembranelli. Plenário, 30.10.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Xavier Pinheiro Filho.


Luiz Tomimatsu
Secretário

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa)

Publicado no DSF, de 02/12/2009.