MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 94.601-1 CEARÁ

RELATOR	:	**MIN. CELSO DE MELLO**
PACIENTE(S)	:	VICTOR ARES GONZALEZ
IMPETRANTE(S)	:	JOSÉ OSVALDO ROTONDO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	:	RELATORA DO HABEAS CORPUS N° 93125 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

geradora de nulidade processual absoluta. **Doutrina**. **Precedentes do STF**.

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

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

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

Presente tal contexto, impende verificar, desde logo, **se** a situação processual versada nestes autos justifica, **ou não**, o afastamento, **sempre excepcional**, da Súmula 691/STF.

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

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

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

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

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

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

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, **analisada a função defensiva** sob uma perspectiva global, **que o direito do réu** à observância, pelo Estado, **da garantia** pertinente ao "*due process of law*", **além de traduzir** expressão concreta do direito de defesa, **também encontra** suporte legitimador **em convenções internacionais** que proclamam **a essencialidade** dessa franquia processual, **que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, enquanto complexo de princípios **e** de normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal por suposta prática de delitos a ele atribuídos.

A justa preocupação da comunidade internacional **com a preservação** da integridade das garantias processuais básicas **reconhecidas** às pessoas **meramente acusadas** de práticas delituosas **tem representado**, **em tema** de proteção aos direitos humanos, **um dos tópicos mais sensíveis e delicados** da agenda dos organismos internacionais, **seja** em âmbito regional, **como** o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º), **aplicável** ao sistema interamericano, **seja** em âmbito global, **como** o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14), **celebrado** sob a égide da Organização das Nações Unidas, **e que representam** instrumentos **que reconhecem**, a qualquer réu, **dentre** outras liberdades eminentes, **o direito** à plenitude de defesa **e às demais** prerrogativas que derivam **da cláusula** concernente à garantia do devido processo.

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

E, ao fazê-lo, **entendo que a magnitude do tema constitucional versado** na presente impetração **impõe que se conceda** a presente medida cautelar, **seja para impedir que se desrespeite** uma garantia instituída pela Constituição da República **em favor** de **qualquer** réu, **seja para evitar** eventual declaração de nulidade do processo penal em referência, **ora em curso** perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará (11ª Vara Federal).

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

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

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

As razões ora expostas **justificam** – ao menos em juízo **de estrita** delibação – **a plausibilidade jurídica** da pretensão deduzida **nesta** sede processual, **especialmente se se considerar** o precedente **que o Plenário** desta Suprema Corte **firmou** no exame da matéria:

> "*(...)* ***AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA*** *(...).* ***INTERROGATÓRIOS*** *(...).* ***PARTICIPAÇÃO DOS CO-RÉUS***. ***CARÁTER FACULTATIVO***. ***INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES*** *NO JUÍZO DEPRECADO.*
>
> .....
>
> ***É legítimo****, em face do que dispõe* ***o artigo 188*** *do CPP,* ***que as defesas dos co-réus participem*** *dos interrogatórios* ***de outros*** *réus.*
>
> ***Deve ser franqueada*** *à defesa* ***de cada réu a oportunidade de participação*** *no interrogatório* ***dos demais*** *co-réus,* ***evitando-se*** *a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência (...)."*
>
> (**AP 470-AgR/MG**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - **grifei**)

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

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

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

> "***Embora*** *ainda haja defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base.*
>
> ***É que****, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da 'garantia de participação', isto é, a garantia de a parte poder impugnar - no processo penal, sobretudo a defesa - toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.*
>
> ***E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído****, no princípio da ampla defesa,* ***o direito à participação da defesa técnica*** *- do advogado -* ***de co-réu durante*** *o interrogatório* ***de*** *'****todos os acusados****'.* ***Isso porque****, em tese,* ***é perfeitamente possível a colisão de interesses*** *entre os réus,* ***o que****, por si só,* ***justificaria a participação do defensor*** *daquele co-réu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório.* ***A ampla defesa e o contraditório exigem****, portanto,* ***a participação dos defensores*** *de co-réus* ***no interrogatório de*** *'****todos*** *os acusados'."* (**grifei**)

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

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

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

> “***No que tange*** *à disciplina processual do ato,* ***cumpre destacar que*** *-* ***havendo dois ou mais réus*** *- deverão eles ser interrogados separadamente, como exige o art. 191 do CPP.* ***Aqui existe uma questão muito relevante e que não tem obtido o devido tratamento*** *por parte de alguns juízes,* ***até pela dificuldade*** *de compreensão do alcance do contraditório inserido nesse ato,* ***por força*** *da Lei nº 10.792/2003,* ***que alterou*** *os arts. 185 a 196 do CPP.*
>
> ***Até essa modificação legislativa****, o interrogatório era um ato pessoal do juiz,* ***não submetido*** *ao contraditório,* ***pois não havia*** *qualquer intervenção da defesa ou acusação.*
>
> ***Agora a situação é radicalmente distinta****.* ***Tanto*** *a defesa* ***como*** *a acusação* ***podem formular*** *perguntas ao final.* ***Isso é manifestação do contraditório****.*
>
> ***Nessa linha****,* ***discute-se a possibilidade*** *de a defesa* ***do co-réu*** *fazer perguntas no interrogatório.* ***Pensamos que****,* ***principalmente se*** *as teses defensivas* ***forem colidentes****,* ***deve o juiz permitir*** *o contraditório pleno,* ***com o defensor do outro co-réu*** *(**também**)* ***formulando perguntas*** *ao final.* ***Ou seja****, deve o juiz* ***admitir*** *que o defensor do interrogando* ***formule*** *suas perguntas ao final,* ***mas também deve permitir que o advogado do(s) outro(s) co-réu(s) o faça****. Contribui para essa exigência o fato de que à palavra do co-réu é dado, pela maioria da jurisprudência, o valor probatório similar ao de prova testemunhal.*” (**grifei**)

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

As razões que venho de expor, como ora salientado **nesta** decisão, **convencem-me** da absoluta plausibilidade jurídica **de que se acha impregnada** a pretensão **deduzida** pelos ilustres impetrantes, **notadamente** porque referida postulação **tem integral suporte** em

precedentes firmados **por esta** Suprema Corte (**AP 470-AgR/MG**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **HC 94.016/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

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

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

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

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

Publique-se.

Brasília, 24 de outubro de 2008.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator