

14/08/2007

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 88.914-0 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CEZAR PELUSO**  
**PACIENTE(S)** : MÁRCIO FERNANDES DE SOUZA  
**IMPETRANTE(S)** : PGE-SP - PATRÍCIA HELENA MASSA  
ARZABE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):** 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MÁRCIO FERNANDES DE SOUZA, contra decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que lhe indeferiu idêntico pedido de *writ*.

O paciente foi processado, perante a 30ª Vara Criminal do Foro Central da comarca da Capital/SP, pela prática dos delitos previstos no art. 159, *caput*, 157, § 2º, incs. I e II, e 329, todos do Código Penal, tendo sido absolvido desta última imputação, mas condenado à pena de 14 (quatorze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, para cumprimento integral em regime fechado, pelo delito de extorsão mediante seqüestro, e execução inicial em regime fechado, quanto aos dois roubos.

Colhido em flagrante delito, respondeu preso ao processo. Sem que fosse citado, nem sequer requisitado, em tempo razoável, para preparar a autodefesa, foi apresentado, no dia 04 de outubro de 2002, para ser

interrogado na sala de teleaudiência do Centro de Detenção Provisória Chácara Belém I, onde estava recolhido (fls. 25). Lá, "teve acesso a canal de áudio para comunicação com seu advogado na sala de audiências do juízo, se lá presente, sem prejuízo de entrevista com o (a) que lhe assiste neste presídio" (fls. 25).

Consta que, "preliminarmente, o (a) MM. Juiz(a) de Direito deliberou a realização da audiência pelo sistema de teleaudiência. Na sala de audiências do Juízo há equipamento eletrônico para realização de atos processuais orais por esse sistema, estando o réu em sala semelhante no presídio em que recolhido, assistido por advogado. Consiste ele na viabilidade técnica para realização de audiência a distância, garantidas a visão, audição, comunicação reservada entre o réu e seu Defensor e facultada a gravação em 'compact disc', a ser anexado aos autos para consulta posterior (se disponível o equipamento). Na sala especial do estabelecimento prisional referido foi(ram) apresentado(a,s) réu(ré, s) MARCIO FERNANDES DE SOUZA, com imagem, escuta e canal de áudio reservado à sua disposição para comunicar-se com seu Defensor(es), assistido pelo(a) advogado(a) da FUNAP, para garantia da livre manifestação de vontade do interrogando, conforme registro lá efetuado e remetido ao Juízo por meio eletrônico. O(a) advogado(a) presente assina também este termo como fiscalizador da fidelidade do registro do interrogatório" (fls. 26).

Dessa explicação do mecanismo adotado não constaram as razões de sua adoção.

Porque o paciente respondeu que não tinha condições para constituir defensor, o magistrado nomeou, para defendê-lo, “os *Drs. Defensores da PAJ, em exercício nesta Vara, que funcionarão como curadores, tendo em vista ser o réu menor de idade*” (fls. 27).

O procurador, todavia, não participou do ato, tendo funcionado como advogado *ad hoc* o Dr. João Baptista da Rocha Croce Júnior (fls. 27). Já por ocasião da defesa prévia, o Procurador do Estado nomeado pugnou pela nulidade do interrogatório realizado por teleaudiência (fls. 30), requerendo fosse o paciente novamente interrogado, agora na presença do magistrado.

O pedido foi indeferido (fls. 31-36), tendo o juízo sustentado a legalidade do ato, sob argumento de que “o *modelo não fere as leis processuais e garantias das partes*” (fls. 32), porque “o *sistema não altera o procedimento processual penal, porque realizado no curso de devido processo penal previsto na Constituição da República e nas leis processuais penais (não cria procedimento, pois os atos processuais realizados estão previstos no Código de Processo Penal)*” (fls. 32); “a *presença do réu em Juízo é garantida, como, aliás, prevista na lei, observada, apenas, a evolução tecnológica*” (fls. 33), e, “ao argumento de ser *fundamental a presença física do réu perante o Juiz para análise das reações durante o interrogatório, a objeção se faz por cuidar-se de posicionamento conservador, alheio à evolução tecnológica da sociedade em melhorar a eficácia na realização de importante serviço público: prestação jurisdicional*” (fls. 34).

Ao fim, foi o paciente condenado, mas a defesa apelou da sentença e, em preliminar, argüiu a nulidade do feito, em razão da realização do interrogatório por videoconferência. O extinto Tribunal de Alçada Criminal, todavia, afastou a preliminar (fls. 51-66). Transcrevo, a respeito, parte do voto do Des. **FERRAZ DE ARRUDA**, relator do recurso:

“A preliminar: interrogatório por meio eletrônico audiovisual é ilegal?

O interrogatório é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como meio de defesa e de prova, significando dizer que enquanto meio de defesa caracteriza-se como as alegações do réu que possam excluir o crime ou afastar a autoria e funcionar como elemento para a minoração da pena; enquanto meio de prova funciona como comprovação do fato, mas sempre contra o réu, como por exemplo, confissão, contradições, respostas evasivas ou duvidosas.

Note-se, portanto, que o eventual álibi apresentado pelo réu em seu interrogatório é apenas elemento de defesa e não prova, proquanto (*sic*) a prova do álibi deverá ser feita no correr da instrução, ou seja, o réu deverá comprovar o álibi alegado.

No que tange à prova, é manifesto que o interrogatório servirá apenas como prova, ainda sim relativa, quando o réu prestar declarações que o incriminam.

Nesse passo, é de se reconhecer que o interrogatório é uma peça, enquanto elemento de prova, muito mais útil à acusação do que ao réu, já que as alegações de defesa deveriam ser comprovadas no correr da instrução.

O argumento de que contato direto do juiz com o réu é necessário porque aquele pode aquilatar o caráter, a índole e os sentimentos para efeito de alcançar a compreensão da personalidade do réu, para mim, é pura balela ideológica.

Em vinte anos de carreira não li e nem decidi um processo fundado em impressões subjetivas minhas, extraídas do interrogatório ou depoimento pessoal do réu. Mesmo porque a capacidade humana de forjar, de dissimular, de manipular o espírito alheio é surpreendente, de tal sorte que é pura e vã filosofia que de um único interrogatório judicial se possa extrair alguma conclusão segura sobre a índole e personalidade do réu. Aliás, nem um experiente psiquiatra forense conseguiria tal feito, ainda mais quando o juiz é obrigado a seguir as formalidades do artigo 188 e incisos, do Código de Processo Penal.

Vamos dar dois exemplos:

1º) O juiz condena o réu porque sentiu um certo cinismo de sua parte ao lhe responder as perguntas, inclusive por trazer sempre presente, no canto esquerdo da boca, um leve sorriso (*sic*) irônico. O juiz pode colocar este seu sentir subjetivo na sentença como elemento de prova contra o réu?

2º) O juiz absolve o réu porque este se mostrou choroso e sorumbático no interrogatório. O juiz pode se fundamentar nessas

impressões pessoais para absolver o réu ou concluir qualquer outra coisa em favor deste?

Por outro lado, o juiz experiente e atento, quando do interrogatório do réu, o coloca sempre de costas para o advogado e para o promotor de justiça de modo a evitar qualquer interferência ou pressão por parte destes profissionais.

Ora, o interrogatório do réu é importante no processo penal, mas não é elemento indispensável porque senão não teríamos o julgamento à revelia. Além do mais, ele pode ser repetido a qualquer tempo no processo.

O último argumento contra o interrogatório por vídeo-conferência seria a possibilidade de o réu se sujeitar a eventual pressão externa.

Essa pressão pode ser feita ainda que na presença do juiz, por meio de uma antecedente ameaça.

O que não se pode deixar de considerar é a diferença entre o ato do interrogatório e o meio pelo qual o mesmo se realiza.

É evidente que o meio televisivo do interrogatório não serviria ao fim processual se o mesmo fosse inidôneo em termos de segurança do réu. Ele é meio inidôneo? É claro que não. Pelo contrário, é muito mais favorável ao réu do que ao próprio ato de transcrição das suas respostas no auto do interrogatório. Quem garante que a escrevente transcreveu exatamente o que o réu respondeu?

Não nos percamos em inutilidades ideológicas como esta sob o falso e hipócrita argumento de que o réu tem de ser interrogado *vis a vis* com o juiz.

Eu poderia escrever neste voto mil e uma inseguranças a respeito de um julgamento feito através do processo escrito, ou oral, tanto faz, até o ponto de demonstrar a impossibilidade filosófica de se punir alguém por alguma coisa que tenha feito contra a lei: portanto, é tempo de dizer para esses pseudo-intelectuais, heróis contemporâneos da ideologização de tudo, que se continuarem a insistir nessas teses incorpóreas, doces e nefelibatas, teremos que simplesmente fechar a justiça forense.

O sistema de teleaudiência utilizado no interrogatório do réu deve ser aceito à medida que foram garantidas visão, audição, comunicação reservada entre o réu e seu defensor e facultada, ainda, a gravação em *Compact Disc*, que foi posteriormente anexado aos autos para eventual consulta. Afinal, o réu teve condições de dialogar com o julgador, o qual podia ser visto e ouvido, além de poder conversar com seu defensor em canal de áudio reservado, tudo isso assistido por advogado da Funap.

O meio eletrônico utilizado vem em benefício do próprio réu à medida que agiliza o procedimento. O contato com as pessoas presentes ao ato (Juiz, Promotor, Advogado, depoentes, etc.) se dá em tempo real de modo que se pode perfeitamente aferir as reações e expressões faciais dos envolvidos.

Ademais, nulidades só devem ser decretadas quando vislumbrado prejuízo, independentemente de haver sido utilizado meio eletrônico ou não para a consecução do ato processual. No caso em tela, não houve comprovação de efetivo prejuízo à atividade defensoria, motivo pelo qual eventual invalidação do interrogatório não possuiria justificativa” (fls. 53-59).

Diante do acórdão, foi impetrado *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, nos termos desta síntese:

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

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” (fls. 79).

Alega agora a impetrante que é manifesto o prejuízo decorrente do interrogatório realizado por teleconferência (fls. 04): *“o prejuízo advindo ao paciente é mais do que evidente: foi colhido de **surpresa** para o ato de autodefesa, **sem prévio contato e orientação** do defensor nomeado para defendê-lo em seu processo judicial, sem nenhum contato com os autos, enfim, viu-se transformado **de sujeito em mero objeto** do processo”* (fls. 05). Ademais, o paciente não pode entrevistar-se com o defensor, como lhe garante o art. 7º, inc. III, da Lei nº 8.906/94. Invoca violação ao direito de presença, corolário da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, e requer seja reconhecida a nulidade do processo a partir do interrogatório.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

“1. O tema versado na presente pretensão liberatória, titulada pela Procuradoria da Assistência Judiciária diz com a ilegalidade no **mecanismo** de interrogatório judicial do réu por **videoconferência**.

2. Questiona-se, assim, julgado da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça [...].

3. Toda a questão radica em saber-se se **a presença física do acusado, ante o magistrado**, insere-se no princípio da ampla defesa.

4. Creio bem pontuada a controvérsia no seguinte trecho do voto do Il. Min. Paulo Medina, **verbis**:

‘Ressalte-se ainda que embora o impetrante insurja contra o meio pelo qual o interrogatório foi realizado –

videoconferência – o ato processual em si, apresenta-se conforme as normas do processo.

O interrogatório ocorreu da seguinte forma:

De início reservou-se o direito ao acusado de entrevistar-se com Defensor.

Logo após, o Magistrado deu início à primeira fase do interrogatório, qual seja, qualificação do réu.

Superada esta fase, e antes de perquirir os fatos imputados ao acusado, foi observado o direito de permanecer em silêncio.

O acusado, ora paciente, negou a autoria do delito, deu sua versão aos fatos e não há nos autos qualquer notícia de constrangimento sofrido por ocasião daquele ato (**fls. 13-17/STJ**).

Com isso, o juiz da causa oportunizou o direito de autodefesa, exercido em sua amplitude, inclusive com auxílio de Defesa Técnica.

Por fim, considerando que a finalidade do ato foi atingida, não há nulidade a declarar, de modo a preservar o teleinterrogatório.

Portanto, inexistente nulidade no interrogatório vez que observados o princípio do devido processo legal e seus consectários e por não ter o paciente demonstrado o prejuízo.’ (vide: **fls. 77**).

5. Realmente, o Termo de Interrogatório do acusado, consignando a presença de dois defensores da própria Procuradoria de Assistência Judiciária, ora impetrante, estampa declarações do acusado, plenamente refutando a descrição dos fatos como apresentada na denúncia.

6. O interrogatório, realizou-o o acusado em sala especial do presídio, quando recebeu, de imediato, a via original de suas declarações (**fls. 29**).

7. Anotou, ainda, o MM. Julgador **a quo**, que, **verbis**:

‘2 – Sem vício o ato realizado pelo sistema de ‘teleaudiência’.

Com efeito, o modelo não fere as leis processuais e garantias das partes. O sistema não altera o procedimento processual penal, porque realizado no curso do devido processo penal previsto na Constituição da República e nas leis processuais (não cria procedimento, pois os atos processuais realizados estão previstos no Código de Processo Penal). O réu preso é apresentado pelo Juiz de Direito que preside o processo penal contra ele instaurado. Existe o contato direto entre réu e Juiz; réu e advogado; réu e Promotor de Justiça; réu e depoentes, etc., em tempo real e por meio eletrônico, viabilizada a percepção das reações dos envolvidos no ato. Ao contrário do sistema atual, poderão os julgadores das instâncias superiores também observá-lo via ‘cd rom’. **Há canal exclusivo de áudio para conversar entre réu e defensor, no interesse da defesa – na 30ª Vara Criminal foi instalado um aparelho a mais, no gabinete, para maior reserva no contato.**

Mister lembrar a importância do direito à defesa consagrado ao réu no processo. Em seu interrogatório, vê o Juiz, dialoga e tem oportunidade de exercer seu primeiro ato de defesa no processo.

**Fundamental que seja registrada sua versão, com detalhe, para a fixação dos eventuais pontos controvertidos da causa penal.** Na audiência de instrução, acompanha a realização do ato juntamente com seu defensor, facultada a comunicação – note-se que, na hipótese do art. 217 do Código de Processo Penal, **o defensor poderá consultá-lo ‘on line’, ao contrário do que ocorre no sistema processual, caracterizando relevante o avanço jurídico.**

Não há violação de qualquer princípio de tratado internacional recepcionado pelo Brasil. A presença do réu em Juízo é garantida, como, aliás, prevista na lei, **observada, apenas, a evolução tecnológica.** Não violado, assim, o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22 de novembro de 1.969, introduzida a sua eficácia jurídica no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1.992 (cfr. Art. 8º – garantias judiciais). Como se pode verificar, o pacto foi assinado muito tempo antes da introdução das modernas tecnologias dos meios de comunicação. Sem violação a seus preceitos, possível a utilização do sistema de teleaudiência, em face do crescimento da população paulista – e mundial – e necessidade de aprimoramento dos serviços públicos, especialmente judiciários.’ (fls. 32/33, grifei).

8. Realmente, se **preservada** está a comunicação **reservada a qualquer tempo no transcorrer do ato processual**, entre o réu e seu defensor, **por canal exclusivo de áudio**, e se todos, juiz, acusador, acusado e seu defensor, interação, ‘em tempo real’, pelo sistema eletrônico de visualização, nenhuma garantia constitucional fica comprometida.

9. Há o uso de **simples mecanismo tecnológico** que, insisto, **preservadas todas as situações** retro apresentadas, **por certo** não macula o ato processual analisado.

10. Fosse o réu impedido de reservadamente articular-se com seu defensor; impedido também de, a qualquer tempo, reservadamente consultar seu defensor; ausentar-se o juiz da audiência, entregando-a ao alvedrio das partes e, agora sim, ter-se-ia o vício insanável.

11. No caso, como exposto, **nada** disso aconteceu.

12. Pelo **indeferimento** do solicitado” (fls. 89-95).

**É o relatório.**

**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.<sup>1</sup>

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, não de

---

<sup>1</sup> **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.

ser garantidas em conjunto, “em relação de diversidade e complementaridade”.<sup>2</sup>

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”.<sup>3</sup>

Também chamada de defesa material ou genérica,<sup>4</sup> a autodefesa é exercida mediante atuação pessoal do acusado,<sup>5</sup> sobretudo no ato do interrogatório,<sup>6</sup> quando oferece ele sua versão sobre os fatos ou invoca o direito ao silêncio,<sup>7</sup> ou, ainda, quando, por si próprio, solicita a produção de provas, traz meios de convicção, requer participação em diligências<sup>8</sup> e acompanha os atos de instrução.<sup>9</sup>

O direito de ser ouvido pelo magistrado que o julgará constitui conseqüência linear do direito à informação acerca da acusação. Concretiza-se

---

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

<sup>3</sup> **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.

<sup>4</sup> **BELLAVISTA, Girolamo.** *Difesa...*, op. cit., p. 456.

<sup>5</sup> “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).

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

<sup>7</sup> **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.

<sup>8</sup> **SAAVEDRA ROJAS, Edgar.** *Derecho a la defensa*. Derecho Penal y Criminologia – 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.

<sup>9</sup> **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo penal...*, op. cit., p. 264.

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.

É preciso, pois, conceber e tratar o interrogatório como meio de defesa,<sup>10</sup> 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,<sup>11</sup> tal como era visto e usado nos processos inquisitórios.<sup>12</sup>

**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.

---

<sup>10</sup> “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.

<sup>11</sup> **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, vocábulo este que exprime a idéia de maior garantia aos direitos do acusado.

<sup>12</sup> 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).

“Os atos processuais ostentam a forma que a lei lhes dá”, já advertia **PITOMBO**,<sup>13</sup> tocando à legislação definir o tempo e o lugar em que se 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 trespassar-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*”.<sup>14</sup>

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

---

<sup>13</sup> **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.

<sup>14</sup> **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 desponta 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”.<sup>15</sup>

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,<sup>16</sup> em cujas razões não entra a comodidade do juízo. Ainda assim, o uso da videoconferência é considerado “mal necessário”,<sup>17</sup> 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

---

<sup>15</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório...*, op. cit.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

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.

§ 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, muita 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 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.<sup>18</sup>

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”.<sup>19</sup> No mesmo sentido dispõe o art. 9º, n. 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

---

<sup>18</sup> **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.

<sup>19</sup> Grifos nossos.

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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

Ora, não há como nem por onde atender a essas formalidades legais, necessárias à regularidade do interrogatório, quando seja este realizado à 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”*.<sup>22</sup>

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.

---

<sup>20</sup> **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Interrogatório...*, op. cit.

<sup>21</sup> “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).

<sup>22</sup> **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.

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, despido 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)<sup>23</sup>: 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*

---

<sup>23</sup> 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.

*detenção e o modo pela qual esta vem sendo exercida, fazendo-a cessar imediatamente, se necessário”.*<sup>24</sup>

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 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 inculpado não será, pois, ouvido, de forma plena (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República)”.

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

---

<sup>24</sup> **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.

<sup>25</sup> **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Interrogatório...*, op. cit.

elementos de prova e requerimento de diligências pertinentes, nos termos do art. 189 do Código de Processo Penal.

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*”.<sup>26</sup>

“*Processo, por definição, é atividade que se realiza em contraditório, ou seja, com a participação dos interessados no provimento final (Fazzalari). 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”.<sup>27</sup>

10. Em favor da adoção do interrogatório por videoconferência, invocam-se, sobretudo, a celeridade, a redução de custos e a segurança<sup>28</sup> que adviriam de sua prática.

Sua adoção aceleraria o trâmite procedimental, porque “*não será mister marcar o interrogatório para data distante, pois, conforme é notório,*

---

<sup>26</sup> CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. *Interrogatório por videoconferência e devido processo legal*. Revista Direito e Política. São Paulo, v. 5, p. 97-100, abr.-jun. 2005, p. 99.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.

*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*".<sup>29</sup>

Haveria *"significativa economia com gasto de combustíveis e manutenção de viaturas*".<sup>30</sup>

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*".<sup>31</sup>

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 com combustível e escolta,<sup>32</sup> 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

---

<sup>29</sup> PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório...*, op. cit., p. 18.

<sup>30</sup> PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório...*, op. cit., p. 19.

<sup>31</sup> PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório...*, op. cit., p. 20.

<sup>32</sup> 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.

sistema penal, por conta de uma visão econômica e instrumental do processo que é absolutamente cega a todos os custos doutra ordem.<sup>33</sup>

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*”.<sup>34</sup>

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 por 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

---

<sup>33</sup> 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 burocracia 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).

<sup>34</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório...*, op. cit.

sacrificar no altar da eficiência e de se converter à lógica da quantidade e à racionalidade burocrática”<sup>35</sup>.

12. A perda do contato pessoal com os partícipes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais,<sup>36</sup> fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. E, todos sabemos, “o exercício da magistratura é tarefa incômoda. Deve ser exercitada com todos os riscos inerentes ao ministério”.<sup>37</sup> 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)”<sup>38</sup>.

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

---

<sup>35</sup> **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.

<sup>36</sup> “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).

<sup>37</sup> **FERNANDES, Paulo Sérgio Leite.** *A falácia...*, op. cit., p. 2.

<sup>38</sup> **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.

sessões psicanalíticas por telefone, e cuja adoção é também sustentada com base em razões de economia de tempo, de esforço e coisas que tais.<sup>39</sup>

A comunicação não pode prescindir de tudo o que não é verbal mas acompanha o que é dissimulado por palavras.<sup>40</sup> Quanto mais rica a relação “*in vivo*”, tanto mais eficaz o experimento.<sup>41</sup> 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,**

---

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

<sup>40</sup> ARGENTIERI, Simona e MEHLER, Jacqueline Amati. *Análisis por telefono: 'hola, ¿quién habla?'*. Psicoanálisis Internacional: Suplemento, v. 12, nº 1, june 2003, p. 18-19.

<sup>41</sup> HABIB, Luis E. Yamín. *La presencia física: es un sine qua non del análisis*. Psicoanálisis Internacional: Suplemento, v. 12, nº 1, june 2003, p. 25-27.

enquanto o juiz fica do outro, 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”.<sup>42</sup>

“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”.<sup>43</sup>

**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. Às 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”.<sup>44</sup>

**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

---

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

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

<sup>44</sup> **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Interrogatório...*, op. cit.

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”.<sup>45</sup>

“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 delinqüente. 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”.<sup>46</sup>

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.

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

<sup>45</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Garantismo à paulista...*, op. cit., p. 6.

<sup>46</sup> DOTTI, René Ariel. *O interrogatório à distância...*, op. cit., p. 273.

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 conseqüência 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".<sup>47</sup>*

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” (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.

---

<sup>47</sup> **CONTI, Carlotta.** *Rimedi processuali...*, op. cit., p. 1279.