DIREITO PENAL – 2

A retirada do acusado da sala de audiências

ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO*

Tem se tornado cada vez mais freqüente, no fórum criminal central de São Paulo, a retirada imotivada dos acusados das salas de audiências.

Logo no início do termo de depoimento de vítimas e testemunhas de acusação, costumam os juízes indagar a elas se preferem depor na ausência do acusado. Seja por receio, seja por conveniência, a resposta em geral é afirmativa, sendo este retirado incontinenti da sala sem que, para tanto, tivesse dado qualquer motivo. Com isto, impede-se o acusado de assistir as declarações prestadas e colaborar com seu advogado nas reperguntas a serem formuladas em sua defesa.

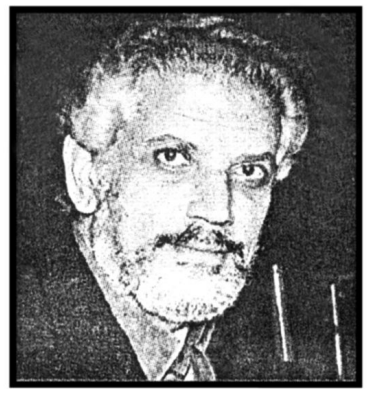
A providência que vem sendo adotada contraria frontalmente o disposto no artigo 217 do Código de Processo Penal, verbis: *"Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram." Ou seja: é preciso que o acusado tenha tido efetivamente alguma atitude capaz de influir no ânimo da vítima ou testemunha, e que, em caso positivo, a ocorrência e seus motivos venham a constar do respectivo termo.*

Fora dessa hipótese, a retirada do acusado, mais do que uma ilegalidade, configurará uma violação das garantias da ampla defesa, estatuída pelo artigo 5º, LV, da Constituição da República, e do direito de estar presente ao julgamento, prevista no "Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque" (artigo 14, 3, d), ratificado pelo Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 266, de 12/12/91, e promulgado pelo presidente da República através do Decreto nº 592, de 6/7/92, que preceitua: "3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d) estar presente no julgamento ..."

O direito de presença também vem estabelecido pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (igualmente ratificada por nosso País, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 27, de 25/9/92, e promulgada pelo presidente da República por via do Decreto nº 678, de 6/11/92), cujo artigo 8º, nº 2, dispõe: Artigo 8º - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos."

A respeito de tais tratados, o segundo autor deste artigo já teve a oportunidade de anotar: 'Esses pactos internacionais, por sua vez, foram acolhidos pela Magna Carta, que dispõe: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte' (artigo 5º, §2º). Assim, eles constituem, ao lado da Constituição da República, fontes de direito processual penal que se encontram, inclusive, em patamar hierarquicamente superior ao das leis ordinárias." (As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração, *2ª edição, Renovar, página 20).*

A retirada imotivada do acusado viola, portanto, a autodefesa, que não se exaure com o interrogatório deste. Somente estando o acusado presente à inquirição de testemunhas e vítimas é que o mesmo (através da autodefesa) e seu defensor (por meio da defesa técnica) poderão interagir e exercitar, com plenitude, a ampla defesa constitucionalmente assegurada.



Roberto Delmanto

Roberto Delmanto Junior

Fabio M. Almeida Delmanto

Discorrendo sobre a autodefesa, escreve Antonio Scarance Fernandes: "Além da defesa técnica, decorre da ampla defesa constitucional a garantia da autodefesa. 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...., A segunda garantia da autodefesa é o direito de presença, por meio do qual se assegura o réu a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa." (Processo Penal Constitucional, *Editora RT, 1999, páginas 263/264).*

Mais à frente, o conceituado professor da Faculdade de Direito da USP, acerca da prova testemunhal, aduz enfaticamente: "A presença do réu no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa. Estando na audiência, pode ele auxiliar o advogado nas reperguntas a serem dirigidas à testemunha ouvida. Por isso, em caso de réu preso, este deve ser requisitado, ainda que a prova testemunhal seja colhida em precatória. Não é, portanto, aceitável a orientação jurisprudencial que entende ser relativa a nulidade decorrente da não apresentação do réu preso na comarca deprecada para acompanhar a inquirição de testemunha." (idem, página 71).

Como esse mesmo autor e os não menos eminentes Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho doutrinam, "a infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarreta, como sanção, a nulidade absoluta". (As Nulidades no Processo Penal, *6ª edição, RT, página 77).*

Tratando-se de nulidade absoluta, é ela insanável, argüível a qualquer tempo, ainda que a defesa não haja protestado por ocasião de sua ocorrência. Nem se diga, por outro lado, que a retirada do acusado da sala de audiências teria por escopo viabilizar a realização de seu reconhecimento, nos termos do artigo 226 do Código de Processo Penal, uma vez que assim agindo estar-se-ia evitando que a testemunha ou vítima visse o réu antes do auto de reconhecimento, prejudicando sua realização.

Evidentemente, bastaria, aqui, que o magistrado primeiro procedesse ao auto de reconhecimento e, somente depois, instalasse a audiência.

Cabe ainda registrar que o Brasil recentemente subscreveu o Estatuto de Roma da Corte Criminal Internacional (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112, de 6/6/2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25/9/2002), o qual prevê expressamente que o acusado estará presente durante o julgamento (artigo 63, nº 1), e que, se este, presente no tribunal, perturbar persistentemente a audiência, o juízo de julgamento em primeira instância poderá ordenar a sua remoção da sala e providenciar para que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação. Estas medidas só serão adotadas em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotado outras possibilidades razoáveis.

De todo o exposto, verifica-se que não só a Constituição da República Federativa do Brasil, como também os tratados internacionais acima referidos — cujos direitos e garantias fundamentais encontram-se no mesmo nível hierárquico daqueles previstos em nossa Magna Carta, ex vi *de seu artigo 5º, §2º — garantem a presença do acusado em audiências e julgamentos. A violação desta garantia constitucional acarreta, como já dito, vício insanável e, em consequência, a nulidade absoluta do processo desde a data em que a audiência sem a presença do acusado ocorreu.*

Tudo o que acima foi afirmado serve, também, para fundamentar a nulidade absoluta das audiências ocorridas por cartas precatórias, em que o acusado preso não é levado à comarca deprecada para acompanhar a oitiva de testemunhas e vítimas.

Em casos de violação a garantias fundamentais do acusado, como as descritas, não há, por fim, que se falar na necessidade de demonstração do prejuízo — uma vez que o mesmo é evidente —, sendo, conforme antes já dito, irrelevante a ausência de oportuna argüição.

*Advogados em São Paulo.