

DIREITO DE PRESENÇA DO RÉU E POSSIBILIDADE DE SUA RETIRADA DA SALA DE AUDIÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

RIGHT TO THE DEFENDANT'S PRESENCE AND THE POSSIBILITY OF ITS WITHDRAWAL FROM THE AUDIENCE ROOM IN THE CRIMINAL PROCEDURE

Cláudio Mendes Júnior*

RESUMO: O Estado Democrático de Direito repousa na segurança jurídica e na propositura constitucional de direitos e garantias ao réu processado criminalmente. Entre as garantias processuais penais, releva-se a ampla defesa, com seus consectários de defesa técnica e autodefesa, esta consistente no binômio direito de audiência e de presença. O presente trabalho objetiva avaliar se a possibilidade legal insculpida no art. 217 do Código de Processo Penal, de, excepcionalmente, fazer-se retirar o réu da sala de instrução, infringe ou não essa garantia constitucional. Para tanto, realiza-se pesquisa em material bibliográfico, assim como em jurisprudência dos tribunais pátrios, sobre o tema, analisando, por meio do método dedutivo, como a questão é enfrentada no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo da verificação concreta de que não há direitos fundamentais absolutos e utilizando a técnica da ponderação na colisão do direito de defesa com os direitos à busca pela verdade real e à proteção da integridade psicológica das vítimas e testemunhas, conclui-se que está devidamente albergada a possibilidade de retirada do réu da sala de audiências. Ressalte-se que tal possibilidade concretiza-se desde que atendidos os requisitos legais e demonstrado claramente que sua presença causa temor, humilhação ou constrangimento no depoente, podendo prejudicar a qualidade da prova que se visa obter. O caráter excepcional da medida mantém-se, só podendo ser afastado por decisão fundamentada, inclusive, justificando a não realização do ato por videoconferência. **Palavras-chave:** Ampla defesa. Direito de presença. Audiência de instrução. Constrangimento de testemunha. Ponderação.

ABSTRACT: The democratic state of law rests on the legal security and on the bringing of constitutional rights and guarantees to the criminally prosecuted defendant. Among the criminal procedural safeguards, falls to full legal defense with their consequences of technical

* Especialista em Processo Penal pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito Mater Christi e da Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Norte. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

and self defense, the latter one consisting on the legal binomial of audience and presence. This research aims to evaluate whether the legal possibility inserted in the Code of Criminal Procedure art. 217 of, exceptionally, to withdraw the defendant from the instruction room violates this constitutional guarantee or not. To do so, it is done research in bibliographic material, as in jurisprudence of national courts about the topic, analyzing by deductive method how the issue is faced in our legal system. From the concrete verification that there is no absolute fundamental rights, and using the weighting technique in the collision of the right of defense with the rights to search for the real truth and protecting the psychological well-being of victims and witnesses, guided by the paradigm of proportionality, we conclude that it is properly housed the possibility of withdrawing the defendant from the courtroom. Since the legal requirements of it met clear demonstration of the defendant's presence causing humiliation or embarrassment to witness, being able to harm the quality of sought proof. The exceptional character of the action maintains and can only be removed by reasoned decision, including justifying the non-performance of the act by videoconference.

Keywords: Full defense. Right of presence. Instruction audience. Embarrassment witness. Weighting.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A GARANTIA À AMPLA DEFESA E SEUS CONECTÁRIOS NO PROCESSO PENAL; 3 O DIREITO DE PRESENÇA COMO DECORRÊNCIA DO IMPERATIVO DEMOCRÁTICO; 4 O DIREITO DE PRESENÇA SOB A ÓPTICA DA NÃO CULPABILIDADE: FACULDADE OU OBRIGAÇÃO?; 5 O DIREITO DE PRESENÇA DO RÉU EM AUDIÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE SER RETIRADO DA SALA (ART. 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL); 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal é o cenário do embate mais dramático da vida humana; local onde se digladiam direitos antagônicos e de igual envergadura constitucional numa constante e renitente busca pela justiça, impondo-se inexorável respeito a um feixe de prerrogativas sempre ligadas ao postulado da dignidade humana, norte maior das leis infraconstitucionais da República Federativa do Brasil. Esse paradigma constitucional justifica-se uma vez que o processo penal é instrumento por meio do qual o Estado exerce seu *jus puniendi* quando constatada a violação de determinada norma penal incriminadora.

Desse modo, inelutavelmente, são previstas certas garantias estabelecidas constitucionalmente contra possíveis arbitrariedades por parte do ente estatal no curso do procedimento deflagrado para a apuração da responsabilidade criminal. Entre elas, pode-se citar o direito do acusado de se ver processado de acordo com o devido processo legal, consubstanciado, entre outros, na garantia à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88) (BRASIL, 1988), permitindo-se o equilíbrio e o tratamento isonômico das partes integrantes da causa levada à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse contexto, chama atenção, sob o enfoque do amplo direito de defesa, a possibilidade consignada no art. 217 do Código de Processo Penal, de fazer-se retirar da sala de audiências o acusado que, de qualquer forma e só por sua presença, possa trazer constrangimento às testemunhas e ofendidos que irão depor. Esse panorama coloca os juízes diante da inevitável e necessária ponderação entre o direito de defesa, que invariavelmente deve ser amplo, inclusive, envolvendo o direito de presença e audiência, o direito à integridade psicológica dos depoentes e o direito público à obtenção de uma prova livre de intromissões psicológicas que possam influenciar sua qualidade e credibilidade.

Diante dessa constatação, por meio de pesquisa na obra de diversos doutrinadores, bem como da consulta de jurisprudência, o presente trabalho visa a analisar, pelo método dedutivo e sob o prisma dos direitos constitucionais, a profundidade das consequências da retirada ou permanência do acusado no ambiente probatório.

2 A GARANTIA À AMPLA DEFESA E SEUS CONSECUTÓRIOS NO PROCESSO PENAL

O constituinte originário consagrou como direito fundamental individual a garantia à ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, agarrada como siamesa à garantia ao contraditório. As duas refletem os mais importantes pilares do devido processo legal, especialmente no contexto do processo penal, que não é instrumento de punição, senão de garantias

para que o Estado possa punir sem constranger, punir com legitimidade constitucional sem infringir um feixe de direitos de sobranceira envergadura, posto que assentados na dignidade humana. De fato, a CRFB/88 consigna as referidas garantias: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso); “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV) (BRASIL, 1988).

É consagrada na doutrina e jurisprudência a ideia de que a ampla defesa constitui a conjugação constitucional do binômio defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica, indispensável, irrenunciável e obrigatória, deve ser exercida por profissional técnico habilitado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou por defensor público que acompanhará o processo em todos os seus termos, não se conformando com a mera defesa formal, isto é, devendo ser efetiva. Mesmo estando o réu ausente ou foragido, a lei adjetiva brasileira exige que os atos processuais sejam acompanhados por defensor, figura indispensável à administração da justiça e à configuração de um Estado de Direito, posto que todo e qualquer réu, não importa a imputação, tem direito à efetiva defesa no processo penal (art. 261 do Código de Processo Penal e art. 5º, inciso LV, da Carta Magna). O desempenho meramente formal do defensor, em postura praticamente contemplativa, caracteriza a insanável ausência de defesa (*Habeas Corpus* 19.192-SP).

A magnitude que alcança a defesa efetiva no Estado de Direito é enaltecida na lição de Fragoso (1982, p. 203):

A defesa efetiva do cidadão submetido a processo penal constitui interesse público. Como dizia Carrara, não tem o Estado mais interesse na condenação dos culpados do que na absolvição dos inocentes. A defesa, no processo penal moderno, constitui valor que transcende as conveniências do acusado para projetar-se na perspectiva da reta administração da Justiça. Por isso mesmo, o defensor não atua como representante do réu. Suas funções são mais largas e mais amplas. Como afirma Müller Meiningen (*Der Verteidiger im heutigem Strafrecht*,

no volume *Schuld Sühne*, 1960, 53), a Sociedade que punisse arbitrariamente estaria irremediavelmente comprometida e fadada à dissolução. A defesa é autêntico órgão de controle de autoproteção social.

Esclarecedora é a lição do ministro Felix Fischer, quando aduz que “o Egrégio Supremo Tribunal Federal jamais deixou de sublinhar o real significado da sua jurisprudência”, afirmando “com muita clareza que a defesa extremamente negligente, nada fazendo o defensor, mera figura de palha, presença física, mas ausência espiritual, intelectual e anímica, equivale à falta de defesa e constitui, por conseguinte, nulidade absoluta” (BRASIL, 2002).

Quanto ao outro aspecto do binômio, a autodefesa corresponde à faculdade de, com seus argumentos, o acusado tentar convencer o julgador do desacerto da acusação, além de propor provas, alegar alibi, calar, falar, enfim, uma gama de direitos que poderão ser exercitados diretamente por ele em contato direto com seu juiz natural, desfigurando-se basicamente em dois direitos: o de presença ao ato e o de audiência.

Sobressai desse enfoque o direito de o acusado estar presente nos atos processuais, notadamente na instrução probatória, momento no qual é trazida à baila a encenação do fato alegado e atribuído ao réu na petição inicial. Esse direito, como decorrência da ampla defesa no sentido de autodefesa, não é impositivo, irrenunciável, como sói ocorrer com a defesa técnica, podendo o acusado dele abrir mão, permanecendo assistido no ato por advogado constituído, dativo ou, ainda, defensor público. Inobstante ser essa a visão predominante na jurisprudência, deve prevalecer a vontade do acusado, caso entenda que deve estar presente no ato, inclusive, não sendo justificável que o Estado alegue inoperância de ordem administrativa para não levar o acusado preso à audiência, conforme se pode extrair do seguinte trecho do voto do ministro Celso de Melo, em *habeas corpus* de sua relatoria:

O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito,

as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos da própria comarca, do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição (BRASIL, 2006).

Destarte, a garantia à ampla defesa possui dois aspectos: a defesa técnica, que visa sempre a equilibrar as armas e, por isso, é indispensável, devendo ser promovida por advogado preferencialmente escolhido pelo acusado (constituído) e só em caso de impossibilidade declarada por advogado dativo ou defensor público; e a autodefesa, como consagração do Estado Democrático de Direito, a qual possibilita ao próprio réu participar ativamente do resultado do processo que corre em seu desfavor, contribuindo para a busca pela verdade real.

3 O DIREITO DE PRESENÇA COMO DECORRÊNCIA DO IMPERATIVO DEMOCRÁTICO

Um Estado intitulado democrático de direito pela sua Carta Magna não se coaduna com processos ocultos, inopinados, repletos de surpresas e cujos atos dão-se ao alvedrio de quem os pratica, tomando de assalto aqueles que se veem processados. Esse tipo de processo deita raízes no direito dos Estados totalitários, que inobservam os mais mezinhos princípios de resguardo da condição humana e violentam, amiúde, as liberdades públicas e individuais, em busca de uma condenação a qualquer custo, isto é, um processo utilitarista e cego, representando um retrocesso no que diz respeito à segurança jurídica do cidadão processado e de toda a sociedade potencialmente ré.

Acerca desse posicionamento em favor de um processo penal justo e não utilitarista, transcreve-se trecho da obra de Oliveira (2007, p. 8):

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em

um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida a exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda a persecução penal, em que o Estado ocupa a posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

Nesse contexto, tem-se como decorrência lógica, extraída do próprio conceito de ampla defesa, a necessidade de os atos processuais serem praticados à vista daquele que, provavelmente, suportará as agruras da privação de liberdade. Quanto a isso, vale lembrar que a presença do acusado na instrução probatória possibilita aquilatar horizontalmente a prova que será produzida em seu desfavor, podendo, a par disso, orientar sua própria defesa quando do seu interrogatório, buscando convencer o julgador do desacerto dos argumentos acusatórios, optar pelo silêncio, bem como assumir qualquer postura igualmente permitida pelo ordenamento jurídico, sem dizer que poderá fiscalizar pessoalmente a legalidade dos atos praticados e a atuação do seu advogado, para, nesse caso, estabelecer um juízo de valor sobre a forma como sua defesa técnica tem sido exercitada, optando pela continuidade ou revogação do mandato conferido ao causídico. Exsurge, destarte, como forte elemento fiscalizatório, tanto da própria atividade processual quanto da defesa técnica; e mais, dá maior legitimidade aos atos assim praticados, uma vez que estanca qualquer possibilidade de terem sido produzidos com violação à integridade física ou psicológica do acusado.

A legitimidade do processo configura-se quando o Estado observa um feixe de garantias constitucionalmente estipuladas, desde o correto e prévio estabelecimento do juízo competente até a mais simples observância no que atine ao acusado, como é o caso de assegurar a ele o direito ao silêncio no seu interrogatório. Este deve ser interpretado sob dois enfoques: um positivo, isto é, manifesta mesmo a própria defesa do réu, uma vez que deixa atuar exclusivamente a prova produzida pelo autor; e um negativo, na medida em

que esse silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado (art. 186 do Código de Processo Penal)

Assim, o princípio do devido processo legal relaciona-se com a própria legitimidade do Estado para punir. Nesse diapasão, Cintra (2001, p. 131), aduz que o devido processo legal é o “processo devidamente estruturado mediante o qual se faz presente a legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU, 1948) assegura o devido processo legal com uma fisionomia mais abrangente: “Artigo X – Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Outro ponto que vale destacar é que o imperativo da ampla defesa faz-se concretizar quando se efetiva intraprocessualmente a garantia à isonomia ou, como preferem alguns, a igualdade de armas. Não se olvide que, no mais das vezes, o polo ativo da ação penal é exercitado pelo próprio Estado com toda força, imponência e garantias que lhe são peculiares, enquanto no outro polo, amiúde, encontra-se o cidadão comum, que, dado o caráter seletivo do direito penal, já nasce processualmente “pobre”, desprovido de acesso à jurisdição, mal defendido e completamente alheio ao que ocorre no bojo do processo. É o marginalizado processual. Consoante grande parte da doutrina, a isonomia processual visa a equilibrar esses polos, maximizando direitos ao menos favorecido, para que este encontre guarida e não seja engolido pelo leviatã que o acusa. A figura do hipossuficiente no processo penal encaixa-se com perfeição no desenho do réu brasileiro, a ensejar um esforço maior do legislador e dos juízes criminais para levantar o prato da balança que o contém até um patamar de igualdade com aquele que o acusa.

Um Estado Democrático, portanto, resguarda a isonomia dentro de um arcabouço do devido processo legal como fonte de legitimação de seus atos frente ao réu, abandonando de vez a visão utilitarista e maquiavélica de que os fins (pena) justificam os meios (processo sem garantias), não sendo mais o processo um meio instrumental para fazer valer a punição estatal, senão um meio de limitação do poder estatal e de garantias ao cidadão processado.

Nesse contexto, já ficou assentado na Suprema Corte brasileira em voto proferido pelo ministro Celso de Melo, relator do acórdão *Habeas Corpus* 86.634-RJ, que:

O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do *due process of law* e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. 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) (BRASIL, 2006).

Do exposto, conclui-se que a presença nos atos é decorrência da ampla defesa, que extrai do devido processo legal sua razão de ser; por sua vez, este é instrumento do Estado Democrático de Direito de garantias processuais para um processo penal legitimado sob a óptica do resguardo dos direitos da pessoa humana.

4 O DIREITO DE PRESENÇA SOB A ÓPTICA DA NÃO CULPABILIDADE: FACULDADE OU OBRIGAÇÃO?

Partindo da premissa de que é direito do acusado estar presente na audiência de instrução para bem exercer seu múnus fiscalizatório e probatório, exsurge a questão: está o acusado obrigado ao comparecimento e permanência na sala de audiências ou se trata de mera faculdade?

Inicialmente, cabe verificar a amplitude da garantia à não culpabilidade ou, como alguns costumam chamar, presunção de inocência.

Vislumbra-se, inauguralmente, esse princípio na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Referido princípio foi consagrado,

ainda, na Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948), nos seguintes termos: “Art. 11. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

A propósito da questão terminológica, apenas a legislação da ONU faz referência à expressão “presuma sua inocência”, que deu origem ao princípio da presunção de inocência. Contudo, a lei maior brasileira, na esteira da Declaração Francesa de 1789, não se referiu a qualquer presunção; ao contrário, foi mais enfática ao afirmar a condição de inocente daquele que não foi condenado ainda, conforme pode ser verificado: “Art.5º [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Por isso, não é incomum encontrar o princípio em comento denominado como princípio da não culpabilidade, em vez de presunção de inocência. A par disso, importa consignar que a principal consequência advinda da presunção de inocência é o tratamento probatório intraprocessual que deve ser dado ao acusado. Este, como não é condenado, ainda não deve ser tratado como tal, inclusive, o ônus da prova deve ser exclusivamente daquele que acusa, não cabendo aqui a divisão desse ônus, como estipulado no novo Código de Processo Civil (art. 373); não logrando o acusador cumprir adequadamente esse desiderato, compete ao juiz absolver o réu, seja por falta de provas, seja por qualquer nesga de dúvida que lhe assalte o espírito.

Atrelado a isso, encontra-se a regra do direito ao silêncio, que, inobstante o legislador constituinte tenha referido ao réu preso, já é assente de dúvidas que se espraia aos que respondem aos processos em liberdade, conforme a CRFB/88: “Art.5º [...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988). Numa leitura hermenêutico-sistemático-teleológica desse mandamento, conclui-se que, mesmo quando oportunizado o direito a ser ouvido pelo magistrado, isto é, quando interrogado pelo juiz acerca dos fatos narrados na inicial, o acusado, no legítimo exercício da ampla defesa no aspecto do direito de presença e

audiência, poderá, verificando que a melhor defesa é o silêncio, quedar-se inerte, seguro de que a prova condenatória terá que ser completamente manejada pelo autor da ação, não podendo sequer o juiz (sistema acusatório) nela interferir para promover *ex officio* atos de prova. O que não pode faltar, sob pena de nulidade absoluta, é a oportunidade ao acusado de falar, de ser ouvido, de indicar provas, de interferir no quadro probatório que se desenha no teatro processual. Nos dizeres de Lopes Júnior (2012, p. 240), “o juiz deve dar ‘ouvida’ a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido”.

Sendo os direitos de presença e audiência manifestações do direito de defesa, tem-se que entendê-los no campo da liberdade individual do cidadão, isto é, inobstante precisem ser permitidos, podem ou não ser exercidos por seus titulares. Pensando assim, melhor refletir e buscar uma interpretação, conforme o texto constitucional, do disposto no art. 260, *caput*, do Código de Processo Penal: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença” (BRASIL, 1941).

Ora, compreendendo como faculdade o direito de presença do réu nos atos probatórios e se o interrogatório é prevalentemente um misto de direito de defesa, não há como obrigar o acusado ao seu comparecimento, devendo sua ausência ser interpretada como a manifestação do direito de defesa pessoal negativa, ou seja, o silêncio. Vigê entre nós o princípio consignado no brocardo *nemo tenetur se detegere*, que numa tradução livre corresponde a dizer que ninguém é obrigado a se descobrir. Isso reflete o direito de o réu não estar obrigado a produzir provas contra si, cabendo a ele e só a ele a decisão entre falar e calar, comparecer e se ausentar do ato.

Por exemplo, o acusado é intimado a comparecer a um ato de prova, denominado reprodução simulada dos fatos (art. 7º do Código de Processo Penal), sob pena de prisão por desobediência. Esse ato francamente afeta e viola o direito ao silêncio, na sua feição de impossibilidade de participação em atos que possam produzir provas em seu desfavor, desafiando, inclusive, *habeas corpus* preventivo. O mesmo ocorre com a testemunha que é notificada a comparecer em Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Congresso

Nacional para prestar depoimento. Nesse caso, pode a referida testemunha recorrer ao Supremo Tribunal Federal, buscando um salvo-conduto para permanecer calada quando lhe for dirigida pergunta que possa incriminá-la.

Como admitir, portanto, que se imponham atos constritivos de liberdade consistente em condução coercitiva à audiência para fins de interrogatório? Nesse caso, deve o juiz tão somente cuidar para que o acusado seja intimado devidamente para o ato e representado por um advogado. Se, por ventura, demonstrar que não compareceu por motivo de força maior, não impede, mas, sim, é de salutar feitio, que o magistrado renove o interrogatório.

Nesse ponto, concorda-se integralmente com o magistério de Lopes Júnior (2012, p. 250):

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.

E arremata:

Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise) (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 250).

De igual forma, não se mostra lícito na ausência do acusado ao seu interrogatório impor a sanção processual da revelia, consignada no art. 367 do Código de Processo Penal, uma vez que sanção alguma seria atribuível a alguém que tão somente exerce um direito constitucional.

5 O DIREITO DE PRESENÇA DO RÉU EM AUDIÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE SER RETIRADO DA SALA (ART. 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

Sobre a possibilidade da retirada do réu da sala de audiências, ante seu direito constitucional de presença na instrução, tem-se a permissão legal vertida na lei processual penal brasileira:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

O dispositivo legal permite que o juiz determine a retirada do réu da sala de audiências, afetando, portanto, seu direito constitucional de presença, desde que satisfeitos os seguintes requisitos legais:

- a) Seja percebido pelo juiz que a presença do réu gera humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido. Essa regra visa a proteger a qualidade da prova que será extraída, que provavelmente advirá vazia caso a testemunha ou vítima, intimidada pela presença do acusado, deponha amedrontada.
- b) Não seja possível ouvir a testemunha por videoconferência. Aqui, percebe-se que o legislador insiste na prevalência do direito de o réu permanecer na sala de instrução, neste caso, garantindo ao réu o direito de acompanhar a produção da prova.

- c) Decisão fundamentada do juiz justificando o afastamento da garantia do réu a estar presente no ato.
- d) Permanência na audiência do advogado do acusado (defesa técnica irrenunciável).

No caso, não restam dúvidas de que se trata de um clássico caso de colisão de direitos, com afastamento de um direito constitucional por outro de igual envergadura, num sopesamento concreto da importância dos bens envolvidos e, conseqüentemente, na opção por um deles em detrimento do outro.

A faculdade de estar presente pode, sim, ser mitigada, desde que interesses maiores estejam em jogo, como é o caso do direito social a uma prova incólume e do direito individual dos depoentes à sua integridade psicológica, que poderia ser comprometido com a presença de acusado que gerasse temor, humilhação ou qualquer constrangimento a eles. Evidentemente, a maneira mais adequada para o juiz avaliar se a presença do acusado em sala de audiência pode constranger a testemunha ou a vítima é perguntando-lhe em particular se há algum constrangimento em prestar depoimento na presença do acusado, colhendo a justificativa e fazendo-a consignar no termo, com a respectiva decisão determinando retirar o acusado do recinto. Claro que a justificativa deve ser séria, não sendo razoável que por mero deleite ou vaidade possa se adotar a exceção como regra. Não pode se perder de foco que a regra é sempre a permanência do acusado e, após a constatação do possível prejuízo que sua presença trará à prova ou ao depoente, tentar a realização do ato por videoconferência; só então, na impossibilidade, partir para a adoção drástica da retirada.

A necessidade de tentar-se a oitiva do depoente por videoconferência visa a colocar a medida extrema no seu devido lugar, no patamar de exceção. De acordo com Hesse (1998, p. 256):

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso,

o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

Evidentemente, não há direito fundamental absoluto; todos eles, até mesmo o direito à vida, encontra exceção diante de um caso concreto em que outro direito de maior envergadura sobrepõe-se, fazendo-o render-se à sua magnitude. Como todo caso de colisão entre direitos fundamentais, é o caso concreto que dirá qual dos direitos deve prevalecer; por isso, o dispositivo legal exige decisão fundamentada a ser exarada no termo da audiência, posto que não se podem limitar os direitos fundamentais além do estritamente necessário (teoria do limite dos limites).

Acerca da relatividade dos direitos fundamentais, assevera o esclarecedor acórdão do Supremo Tribunal Federal:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Como critério para solução do conflito entre os direitos de presença e da verdade real + integridade do depoente, na ponderação entre eles deve o juiz valer-se do critério da proporcionalidade. Assim, para fazer

prevalecer um desses valores constitucionais, o magistrado deve aquilatar no caso concreto qual deles é o mais adequado e justo para prevalecer. Marmelstein (2008, p. 372) ensina que, “para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade”.

O paradigmático “Caso Ellwanger” foi um marco importantíssimo na fixação dos parâmetros e critérios para solução de conflitos entre direitos fundamentais. Nesse emblemático caso que aportou no Supremo Tribunal Federal, a corte teve que decidir entre a prevalência da liberdade de expressão do pensamento e a garantia à proibição de racismo. Siegfried Ellwanger publicou um livro no qual defendia que o holocausto não teria existido. Extrai-se da ementa:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5o, § 2o, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Na lição de Sarmiento (2002, p. 77), a proporcionalidade “é uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça”.

Originário do direito alemão, o critério de ponderação pela proporcionalidade, no Brasil, visa a garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos no Texto Maior. Marmelstein (2008, p. 385) afirma:

O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito.

Será admissível a limitação de um dos direitos em conflito quando verificado o tripé: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação, verifica-se inicialmente se o meio utilizado para a limitação foi o mais adequado para atingir o resultado pretendido. No caso da retirada do réu da sala, deve-se avaliar se essa medida é adequada ou se há outra menos invasiva ou que invada menos o direito de presença. No caso legal, o legislador previu a possibilidade de realização do ato por videoconferência; assim, em havendo a possibilidade estrutural de realizar-se por esse meio eletrônico, não se deve promover a retirada do acusado, mas, caso não seja possível, será adequada sua retirada.

A necessidade avalia, entre as medidas propostas, quais as que produzem menos prejuízos aos envolvidos e à coletividade. São inadmissíveis excessos na restrição, devendo limitar-se ao necessário para chegar-se ao fim almejado.

Por fim, na verificação da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser respondida a seguinte pergunta: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar?

Leciona, ainda, Marmelstein (2008, p. 386):

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico,

nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.

Destarte, a presença do acusado em audiência de instrução, como direito decorrente da ampla defesa, poderá ser relativizada, se, no caso concreto, verificar o juiz a possibilidade de qualquer constrangimento à pessoa do depoente que possa influir na qualidade da prova e, conseqüentemente, na busca pela verdade real. Norteado pela proporcionalidade, deve o magistrado emitir decisão justificando a medida excepcional. Nessa decisão, deve esclarecer os motivos que justificaram a saída do acusado. Sua ausência ao ato de instrução, mesmo intimado, deve ser interpretada como decorrência da sua autonomia e mesmo do próprio exercício do direito de defesa, desde que ao ato compareça advogado de sua confiança. Ausentes o advogado constituído e o réu, o ideal é intimar o acusado para nomear outro defensor, não sendo prudente a mera nomeação de dativo para o ato e realização da audiência, posto que, enquanto a ausência do réu ao ato é interpretada como manifestação do seu direito de defesa, a ausência do advogado constituído, sem qualquer satisfação nos autos, pode comprometer a defesa técnica indispensável, com sérias conseqüências processuais e materiais, inclusive, gerando nulidade absoluta.

6 CONCLUSÃO

A visão moderna de direito processual penal como sistema de garantias decorrentes de uma estrutura mais densa de inspiração liberal tem nítido caráter democrático e afasta peremptoriamente o sistema inquisitivo de inspiração totalitária, atraindo feixe de direitos que verte do *due process of law* e contagia todo o aparato procedimental, fincando fortes raízes na garantia à ampla defesa.

Como consectários lógicos da ampla defesa aos acusados, devem ser oportunizadas a participação efetiva nos atos probatórios (direito de audiência) e a franca atividade fiscalizatória da lisura processual e da qualidade da defesa técnica (direito de presença), características bem presentes nos processos dos Estados Democráticos de Direito. Tais garantias processuais

de cunho constitucional são inseridas no núcleo de direitos fundamentais da pessoa humana, insculpido no Texto Magno. No entanto, estes, como os demais direitos de envergadura constitucional, não são ilimitados ou absolutos, podendo encontrar certa maleabilidade e mesmo ser afastados diante do conflito com outros direitos de igual envergadura que, no caso concreto, se mostrem em melhores condições de prevalecer para salvaguardar interesses temporários de outros cidadãos.

O direito insculpido no Código de Processo Penal, no art. 217, que possibilita em caso extremo ao juiz a realização dos atos instrutórios sem a presença do acusado, não ofende o texto maior, desde que exercitado em estrita obediência aos requisitos legais, quais sejam: possibilidade de temor, humilhação ou sério constrangimento pela presença do réu ao ofendido ou à testemunha; e impossibilidade de realizar-se o ato por videoconferência e decisão fundamentada, realizando-se o ato na presença do advogado constituído pelo acusado. Assim, harmoniza-se o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, causando o menor sacrifício possível aos envolvidos e à própria atividade processual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 19.192-SP. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 6 maio 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424-RS. Relator: Ministro Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 86.634-RJ. Relator: Ministro Celso de Melo. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 dez. 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Homicídio qualificado: motivo fútil e motivo torpe. In: _____. **Jurisprudência criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. Genebra, 1948.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Correspondência | Correspondence:

Cláudio Mendes Júnior
Fórum Mun. Des. Silveira Martins, Av. Alameda das Carnaubeiras, 355,
Presidente Costa e Silva, CEP 59.625-410. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3315-7148.
Email: claudiomendes@tjrn.jus.br

Recebido: 22/06/2015.

Aprovado: 13/02/2016.

Nota referencial:

MENDES JÚNIOR, Cláudio. Direito de presença do réu e possibilidade de sua retirada da sala de audiências no processo penal. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 99-119, jan./abr. 2016. Quadrimestral.