



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

OS EFEITOS DA PANDEMIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: É POSSÍVEL A
REALIZAÇÃO POR VÍDEOCONFERÊNCIA?

Pedro Henrique Monteiro Barcellos

Rio de Janeiro
2021

PEDRO HENRIQUE MONTEIRO BARCELLOS

OS EFEITOS DA PANDEMIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: É POSSÍVEL A
REALIZAÇÃO POR VÍDEOCONFERÊNCIA?

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

OS EFEITOS DA PANDEMIA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO POR VÍDEOCONFERÊNCIA?

Pedro Henrique Monteiro Barcellos

Graduado pela Universidade Candido Mendes - Campos. Advogado.

Resumo – a audiência de custódia é um instituto que essencialmente exige a presença física da pessoa presa em flagrante para que o juiz analise se houve tortura e a necessidade da prisão, considerando que seu objetivo principal é a garantia da não tortura. Inicialmente, a doutrina até admitia a possibilidade da audiência de custódia por videoconferência, havendo jurisprudência em sentido contrário, rejeitando o método. A pandemia do covid-19 afetou o mundo, trazendo grandes repercussões e impactos. O judiciário não escapou do “novo normal”, precisando adaptar seus institutos. Dessa necessidade veio à tona uma doutrinária, legislativa e jurisprudencial acerca da possibilidade da audiência de custódia pela via da videoconferência. A essência desse trabalho é abordar essas discussões, verificando a relevância de cada posicionamento e apontar qual o que melhor está condizente com os objetivos da audiência de custódia.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Audiência de Custódia. Pandemia do Covid-19.

Sumário – Introdução. 1. A importância da audiência de custódia na prevenção da tortura 2. Possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência 3. Efeitos da pandemia do covid-19 na audiência de custódia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de se realizar a Audiência de Custódia por meio da videoconferência em tempos de pandemia do Covid-19. Busca-se apontar que a falta da audiência de custódia pode ser mais prejudicial ao acusado do que sua realização por videoconferência, mas é necessário apreciar se a videoconferência é realmente um meio útil ao objetivo da audiência.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se a videoconferência preserva, ao menos que minimamente, os direitos da pessoa presa à entrevista com o juiz, durante a pandemia do Covid-19, a ponto de justificar sua utilização.

A Resolução 213 do CNJ instituiu a Audiência de Custódia no Brasil e, posteriormente, o Código de Processo Penal (CPP) foi alterado pela Lei 13.964/19, também conhecido como pacote anticrime, para incluir a Audiência de Custódia no CPP. Ambos os

diplomas estabelecem que o preso deve ser levado a presença de uma autoridade, que o Código de Processo Penal especifica ser o juiz.

Com a pandemia do Covid-19, medidas de isolamento social foram tomadas para impedir a propagação do vírus, o que inclui o fechamento dos fóruns e locais onde eram realizadas a audiência de custódia, de modo que o CNJ, através da Resolução 62/2020, recomendou a não realização das audiências de custódias durante a pandemia, o que foi adotado em todo país em virtude do cenário sanitário.

A partir da suspensão das audiências de custódia, a doutrina começou a discutir acerca da possibilidade de ser realizada a audiência de custódia por videoconferência.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e merece atenção, uma vez que a audiência de custódia é um instituto que advém dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e que visa preservar os direitos fundamentais da pessoa presa, possui um dos pontos centrais do instituto o fato da pessoa presa ter que ser apresentada pessoalmente à presença do Juiz e, tal característica, durante a pandemia do Covid-19, não pode ser preservada.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “audiência de custódia” e apontar sua característica da presença pessoal do preso no instituto. Ainda, compreender os impactos da pandemia na audiência de custódia, despertando a atenção para discussão da possibilidade ou não da audiência por videoconferência.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando a importância da audiência de custódia, presente na Resolução 213/2015 e no Código de Processo Penal, destacando sua finalidade e sua importância no âmbito jurídico brasileiro e também internacional.

Segue-se analisando acerca de um dos pontos centrais da audiência de custódia, que é a presença pessoal do preso. Aponta-se acerca da videoconferência em audiências no Processo Penal, fazendo uma análise sobre a (não) possibilidade da audiência de custódia por videoconferência que em “condições normais”.

O terceiro capítulo traz os impactos da pandemia do Covid-19 no instituto da audiência de custódia, sendo feita uma análise sobre discussão da possibilidade ou não da videoconferência em tempos excepcionais de pandemia, analisando resoluções do CNJ, posições doutrinárias e jurisprudências que discutem sobre o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elege um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e

adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador usa a bibliografia pertinente à temática em foco - analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) - para sustentar a sua defesa.

1. A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PREVENÇÃO DA TORTURA

A audiência de custódia teve origem no Pacto de São José da Costa Rica¹, bem como no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, tendo seu início nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais trouxeram diversas proteções à pessoa, tendo o ordenamento jurídico brasileiro positivado esses direitos humanos, em sua maioria no artigo 5º, da Constituição Federal², trazendo os direitos fundamentais, com ênfase também no importantíssimo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trazido no artigo 1º, III, da Constituição Federal³.

Para se adequar às disposições dos Tratados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2015 editou a Resolução nº 213⁴, que regulamentou a audiência de custódia no Brasil e, em 2019, o Código de Processo Penal foi alterado pela Lei nº 13.964/19⁵ (pacote anticrime) para trazer a audiência de custódia em suas disposições.

A audiência de custódia é o meio processual que estabelece que toda pessoa presa em flagrante seja apresentada a autoridade competente, no prazo de 24 horas da comunicação da prisão em flagrante, na forma da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça⁶ e do Código de Processo Penal⁷.

¹ BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Decreto 678/92. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 11 ago. 2020.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

³ *Ibidem*

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 4.

⁷ BRASIL. *op. cit.*, nota 5.

No ato, o juiz deve, de forma motivada, dar cumprimento ao artigo 310 do Código de Processo Penal⁸ e analisar a prisão em flagrante, adotando as seguintes providências apresentadas: relaxar a prisão, quando ilegal; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; converter a prisão em flagrante em uma ou mais medidas cautelares, se possível; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando cumpridos os requisitos.⁹

Tal audiência é um ato pré-processual, de modo que o juiz do ato não poderá entrar no mérito da causa, devendo observar somente a análise da legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de sua manutenção.¹⁰

Custódia, em sua pura palavra tem a ideia de proteger, guardar. Dessa forma, os institutos da audiência de custódia têm como principal finalidade proteger a integridade física e garantir a aplicação dos princípios relativos a proteção dos direitos fundamentais da pessoa presa, visando evitar, ou ao menos limitar, o número de prisões ilegais e arbitrárias, ou que por qualquer motivo sejam desproporcionais ou arbitrárias perante o ordenamento jurídico brasileiro.¹¹

Assim, a audiência de custódia veio como instrumento de proteção contra a tortura policial, garantindo, portanto, a efetivação do direito à integridade das pessoas privadas de liberdade, conforme artigo 5.2 do Pacto de San José da Costa Rica tendo, a Corte Americana de Direitos Humanos já entendido nesse sentido.¹²

Para tal, a própria Resolução nº 213 do CNJ¹³ recomendou que a autoridade judicial fique atenta as condições de apresentação da pessoa mantida sob custódia a fim de verificar a prática de tortura ou tratamento cruel, degradante ou desumano, considerando as premissas de que “I. a prática da tortura constitui grave violação ao direito da pessoa custodiada; II. a pessoa custodiada deve ser informada que a tortura é ilegal e injustificada, independentemente da acusação ou da condição de culpada de algum delito a si imputável.”

⁸ Ibidem.

⁹ OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 150/155.

¹⁰ BOAVENTURA, Thiago Henrique. *Tudo o que você precisa saber sobre Audiência de Custódia*. 2016. Disponível em: <<https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/414730318/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

¹¹ RODRIGUES, Anna. *Palavra de quem entende: A audiência de custódia no Processo Penal brasileiro*. 2015. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

¹² PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 48.

¹³ BRASIL. op.cit., nota 4.

Também visando melhor finalidade da busca pela prevenção da tortura e maus tratos, a Resolução nº 213 do CNJ trouxe, em seu protocolo II, a definição de tortura de legislações de direito internacional, como Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes¹⁴, de 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹⁵ de 1985, entre outros, estabelecendo dois elementos:

- I. A finalidade do ato, voltada para a obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, ou qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; e
- II. A aflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos e mentais.¹⁶

Por isso, em tal audiência a autoridade competente buscará saber se o preso foi vítima de tortura ou outros tratamentos cruéis no ato da prisão, na delegacia de polícia ou em qualquer momento antecedente à audiência, e caso tenha sofrido, gerará ilegalidade da prisão. Portanto, se buscará preservar a integridade do indivíduo, buscando preservar seus direitos e garantias fundamentais.¹⁷

Para tal preservação, o juiz deverá entrevistar pessoalmente o acusado, questionando as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, o tratamento que lhe foi conferido em desde a captura até a apresentação à audiência, em todos os locais, além de averiguar se foi realizado exame de corpo de delito, entre outras coisas.

Além disso, visando a proteção do custodiado, a audiência terá participação de membro do Ministério Público, Defensor Público ou Advogado, que poderão efetuar perguntas ao custodiado, desde que estas sejam compatíveis com a natureza do ato, ou seja, não poderão efetuar perguntas em relação ao mérito do fato.¹⁸

¹⁴ BRASIL. *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Decreto 40/91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁵ BRASIL. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. Decreto 98.386/89. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁶ BRASIL. op.cit., nota 4.

¹⁷ PAIVA apud ANTUNES, Renata Prestes. *Audiência de custódia: uma análise da implantação na justiça gaúcha e dos limites cognitivos do uso da entrevista como prova na fase processual*. Disponível em: <https://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/renata_antunes_20171.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁸ PIMENTA, Luciana. *Audiência de custódia: o que é e como funciona*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

2. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VÍDEOCONFÊRENCIA

Toda pessoa possui o chamado direito de presença. Esse direito pode ser garantido através da presença física direta do acusado em audiência ou através dos novos meios de comunicação, a exemplo da videoconferência.¹⁹

A Lei nº 11.900/09²⁰ trouxe autorização para que seja realizado o interrogatório judicial do preso através do sistema da videoconferência ou outro recurso tecnológico que possibilite a transmissão de sons e imagens em tempo real, em determinadas circunstâncias.

Assim, o Código de Processo Penal expressamente passou a autorizar o interrogatório do acusado no curso do processo penal, desde que em situações excepcionais e por decisão fundamentada do juiz, devendo a decretação da medida atender finalidades previstas expressamente no Código de Processo Penal, como se observa do §2º, do art. 185, CPP²¹, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.900/09.

Apesar dessa possibilidade, nota-se que o §4º, do art. 184, do CPP²², traz a necessidade do acusado poder acompanhar através do sistema tecnológico a realização de todos os atos da audiência, não aparecendo no sistema somente para seu interrogatório.

Ainda, o §5º, do art. 184, do CPP²³, garante que mesmo que o interrogatório do acusado seja realizado por videoconferência, deve ser garantido o direito de réu de obter entrevista prévia e reservada com seu defensor, além de acesso a canais telefônicos entre o defensor na sala de audiência e o acusado preso.

Os direitos e garantias individuais da pessoa são limites intransponíveis aos poderes persecutórios do Estado, mas não são absolutos, de modo que são passíveis de sofrerem limitações, desde que previstas em lei e respeitado o princípio da proporcionalidade.²⁴

Dessa forma, cabe ao magistrado determinar quando que se caracteriza a natureza excepcional para se realizar o interrogatório, não havendo a necessidade de delegar a oitiva do

¹⁹ OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 61.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111900.htm> Acesso em: 20 jan. 2021.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 5.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 759.

acusado a outro juízo, reafirmando a inderrogabilidade da jurisdição, prestigiando também os princípios da identidade física do juiz e do juiz natural.²⁵

Vale ressaltar que a disposição trazida pela Lei nº 11.900/2009²⁶ trata de interrogatório por meio de videoconferência, ou até oitiva de testemunha por videoconferência (art. 222, §3º, CPP²⁷), mas não de audiência em sua totalidade por meio virtual.

Por isso, Renato Brasileiro²⁸ afirma que: “Nenhum princípio resultou arranhado com a videoconferência: juiz natural, identidade física do juiz, publicidade, dignidade da pessoa humana, acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, devido processo, direito de ser julgado em prazo razoável etc.”

Dessa forma, pode-se falar que a audiência com participação virtual do acusado é uma realidade concreta possível do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de forma excepcional, mas desde que cumpridos os ditames que buscam assegurar os direitos fundamentais do preso.

Apesar disso, no que tange a audiência de custódia a discussão é mais complexa, tendo em vista que o ponto principal da audiência de custódia é a prevenção da não tortura, sendo por tal que o artigo 310, do Código de Processo Penal²⁹ exige a presença pessoal do acusado.

Além dele, os diplomas internacionais que tratam da audiência de custódia estabelecem que o preso em flagrante deve ser conduzido à presença da autoridade judicial, de modo que, em tese, a realização da oitiva por videoconferência ofende a determinação da lei pátria e dos diplomas internacionais de participação pessoal do preso.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU³⁰ já ponderou no sentido de que:

A pessoa deverá comparecer fisicamente ante o juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais. A presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura e dos tratamentos cruéis, desumano e degradante.

²⁵ Ibidem.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 20.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁸ LIMA, op. cit., p. 759.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁰ COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU apud PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018, p. 121.

No ordenamento jurídico pátrio, Pacelli e Fischer³¹ apontam que não seria necessário o contato físico entre juiz e acusado, podendo a oitiva do preso em flagrante, na audiência de custódia, ser realizada, de forma excepcional, por meio de videoconferência, ainda que não haja expressa previsão legal, uma vez que o art. 185, §2º, do CPP³² regulamenta o uso do sistema de videoconferência para o interrogatório.

Contudo, também há doutrina, a exemplo de Caio Paiva³³, que rejeita a aplicação do art. 185, §2º, CPP³⁴ de forma genérica, apontando que quem defende a aplicação desconsidera o principal ponto pelo qual se rejeita a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência, qual seja, a prevenção dos maus tratos, violência, ou tortura praticada contra a pessoa presa em flagrante por policiais.

Segundo Paiva³⁵, não se pode deixar de considerar que o preso em flagrante não se sentiria confortável, com medo até de colocar em risco sua integridade física e psíquica, ao expor que sofreu tortura ou maus tratos praticado por policiais estando em um estabelecimento prisional, as vezes com presença de policiais, sendo tais estabelecimentos administrado por policiais ou por empresas ligadas a segurança pública.

Da doutrina de Caio Paiva³⁶ entende-se que pelo objetivo da audiência de custódia de verificar se a integridade física e psicológica da pessoa presa foi respeitada, deve ser feito o possível para que se realize a audiência de custódia presencialmente, pois, tendo em vista que se trata do momento mais tenso da persecução primária, pode ser criado um ambiente de vulnerabilidade para a pessoa presa em flagrante.

Apesar disso, há um ponto de consenso na doutrina sobre uma hipótese em que seria possível realizar a audiência de custódia por videoconferência. Por esse entendimento, em hipótese excepcional e devidamente justificada, quando a condução do preso gerar risco para a segurança, a audiência de custódia poderia ser realizada por videoconferência.

Já o Conselho Nacional de Justiça se posicionou em 2019, na Reclamação 0008866-60.2019.2.00.0000³⁷, ajuizada pela Defensoria Pública de Santa Catarina, a fim de declarar a

³¹ OLIVEIRA; FISCHER apud Ibidem, p. 123.

³² BRASIL, op. cit., nota 5.

³³ PAIVA, op. cit., p. 124.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 5.

³⁵ PAIVA, op. cit., p. 122.

³⁶ Ibid., p. 124.

³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Reclamação 0008866-60.2019.2.00.0000*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

invalidez da Resolução CM 09/2019³⁸, editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC, que regulamentou a possibilidade, de forma excepcional, da realização da audiência de custódia por videoconferência.

No julgado³⁹ o CNJ suspendeu o dispositivo que trazia a possibilidade da audiência de custódia por videoconferência de forma excepcional, considerando, no julgado, que a Resolução nº 213 do CNJ⁴⁰ assegura a apresentação pessoal do preso em flagrante delito.

Assim, antes da pandemia do covid-19, na doutrina havia divergência, mas também havia um ponto de consenso acerca da possibilidade da realização da audiência de custódia por videoconferência, enquanto o CNJ negava tal possibilidade.

3. EFEITOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A pandemia do Covid-19 alterou a realidade do mundo. Considerado em janeiro de 2020 como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o surto do novo coronavírus (Covid-19) foi declarado, em março de 2020, pela OMS, como uma pandemia.⁴¹

O Judiciário não escapou dos impactos e das medidas de restrição decorrente da pandemia, também tendo que viver o “novo normal”. A imposição por parte das autoridades do distanciamento social, refletiu no funcionamento da atividade jurisdicional: atendimentos presenciais limitados, processos paralisados, audiências e sessões de julgamento canceladas, providências cartorárias atrasadas, foram e ainda são companheiros constantes na pandemia.⁴²

Vendo que pandemia demoraria mais do que o esperado, práticas inovadoras foram sendo colocadas em prática ou sendo estendidas. Trabalho remoto de juízes e serventuários, audiências e sessões de julgamento transmitidas virtualmente em tempo real, ampliação da digitalização de autos físicos, foram práticas tornadas comuns nos novos tempos.⁴³

³⁸ BRASIL. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. *Resolução CM nº 9/2019*. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=174992&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&prox=>>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Avaliação dos impactos da pandemia causada pela covid-19 nos processos de trabalho dos tribunais*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴² SICA, Heitor. *Coronavírus e Poder Judiciário: impactos permanentes da pandemia*. Disponível em <<https://blog.sajadv.com.br/coronavirus-poder-judiciario/>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴³ Ibidem.

Por isso, retornou-se concretamente à discussão acerca da possibilidade de implementação da audiência de custódia por videoconferência, tendo em vista as peculiaridades da audiência e do atual cenário pandêmico em que o mundo se encontra.

A primeira providência em meio a pandemia tomada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, através da Recomendação nº 62, de 17/03/2020⁴⁴, no seu art. 8º, foi suspender a realização da audiência de custódia, retornando, na forma do §1º do próprio art. 8º, a análise da prisão em flagrante através da análise dos autos de prisão em flagrante.

Em 30/07/2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 329⁴⁵, que Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020⁴⁶, em razão da pandemia mundial por Covid-19.

Nos trabalhos da Resolução a maior parte do CNJ seguiu o voto do ministro Dias Toffoli⁴⁷, presidente do Conselho e do Supremo Tribunal Federal à época. No seu voto, o ministro apontou que:

Audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equiparará ao padrão de apresentação imediata de um preso a um juiz, em momento consecutivo a sua prisão, estandarte, por sinal, bem definido por esse próprio Conselho Nacional de Justiça quando fez aplicar em todo o país as disposições do Pacto de São José da Costa Rica. (...) Conclui-se, com efeito, que o sistema de videoconferência vai de encontro à essência do instituto da audiência de custódia, que tem por objetivo não apenas aferir a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, mas também verificar a ocorrência de tortura e maus tratos.

Assim, a Resolução 329 do CNJ⁴⁸ foi editada, constando no seu art. 19, a vedação a realização da audiência de custódia por videoconferência.

⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 62*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 329*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴⁶ BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6*, de 20 de março de 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴⁷ TOFFOLI apud ANGELO, Tiago. *CNJ proíbe audiências de custódia por videoconferência*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proibe-audiencias-custodia-videoconferencia>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 45.

A proibição da audiência de custódia por videoconferência não foi algo que agradou a todos, de modo que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) apresentou, em 05/08/2020, petição ao STF para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 19, da supracitada Resolução, gerando a ADI 6527.

Na peça inaugural da ADI 6527⁴⁹, a AMB defendeu a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência apontando que da leitura dos artigos 287 e 310 do CPP⁵⁰, com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19, não é pertinente a interpretação dada pelo CNJ para impor a vedação, uma vez que tais artigos dispuseram apenas sobre a exigência da realização da audiência de custódia ser “perante” o juiz.

Sustenta na peça que o dispositivo do Pacote Anticrime que trazia vedação à audiência de custódia por videoconferência foi vetado, ao argumento de que a vedação a audiência de custódia por videoconferência é incongruente com os outros dispositivos do Código de Processo penal que adotam do sistema de videoconferência em diversos atos processuais atos processuais.

Contudo, antes mesmo do julgamento da ADI 6527, o CNJ aprovou na 322ª Sessão Ordinária, realizada em 24/11/20, a Resolução nº 357⁵¹ que alterou o art. 19, da Resolução nº 329, trazendo possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial, enquanto durar a pandemia do covid-19.

No voto da nova Resolução, o ministro Luiz Fux⁵², relator da nova norma, aponta que pandemia do covid-19 levou o Poder Judiciário a adotar diversas medidas excepcionais, o que justifica a adoção da videoconferência para a audiência de custódia, sendo mais prejudicial para milhares de presos a não realização das audiências de custódia durante esse período.

Assim, considerou-se que retornar ao sistema da análise através do mero exame dos autos de prisão em flagrante, ou seja, mera análise do papel é mais prejudicial ao preso em

⁴⁹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Disponível em <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/08/01-AMB-STF-ADI-CNJ-Res-329-Inicial-Assinado.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁵⁰ BRASIL. op. cit., nota 5.

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 357*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁵² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Processo 0009672-61.2020.2.00.0000*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/lista-de-processos-da-sessao/?sessao=600>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

flagrante do que a realização da entrevista através de um sistema de videoconferência, em que se poderá, ao menos remotamente, ter certo tipo de contato com o preso.

Vale dizer que a Resolução nº 357 CNJ⁵³, ao alterar o art. 19, da Resolução nº 329⁵⁴ CNJ, trouxe parágrafos nos quais constam diversas medidas para tentar ao máximo minimizar os prejuízos a pessoa presa em flagrante e garantir os objetivos da audiência de custódia, velando pela dignidade da pessoa e proteção contra a tortura policial, garantindo, portanto, a efetivação do direito à integridade das pessoas privadas de liberdade.

Tais medidas trazidas como o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, exame de corpo de delito antes do ato, entre outras, estão previstas nos §§1º a 4º, do art. 19, da Resolução nº 329 CNJ⁵⁵, sendo, inclusive, uma das medidas a possibilidade de fiscalização da sala destinada à entrevista do preso pelas corregedorias e pelos juízes que presidirem as audiências.

Vale dizer que apesar disso, a posição do CNJ através de suas Resoluções não é unânime, pois em 23/11/20, 78 entidades, incluindo a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, encaminharam para ao ministro Luiz Fux, presidente do CNJ e do STF, um ofício defendendo as sessões presenciais, e se não é possível a realização presencial, não pode ser realizada, argumentando que o instrumento exige a presença física do preso diante do juiz.⁵⁶

Em tal documento, as entidades defendem seu posicionamento apontando que a realização não presencial não se presta ao que se destina, podendo haver uma impressão falsa da realidade, supondo que não houve tortura quando esta, em verdade, ocorreu.⁵⁷

O ministro Fux ao defender a audiência de custódia por videoconferência, evidenciou que estamos vivendo em Estado de Direito num momento excepcional. E para momentos excepcionais, precisamos ter medidas excepcionais, o que justifica as audiências virtuais durante a pandemia.⁵⁸

Assim, apesar da audiência de custódia por videoconferência não ser o ideal para preservar os direitos da pessoa presa, buscou-se a melhor solução possível para garantir tais

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 51.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 45.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Defensoria se posiciona contra audiências de custódia virtuais*. Disponível em <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10879-Defensoria-se-posiciona-contr-audiencias-de-custodia-virtuais>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

direitos sem deixar de realizar a audiência, mas respeitando o momento caótico que o mundo está vivendo com a pandemia do covid-19.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a dificuldade de compatibilização do sistema da videoconferência e os objetivos da audiência de custódia, considerando o cenário de pandemia que o mundo se encontra. A dificuldade materializa-se pelo fato da disposição da audiência de custódia determinar a presença pessoal do preso, enquanto a pandemia da covid-19 impede a presença pessoal.

De um lado, da redação do art. 310, CPP, entende-se a necessidade da presença física do acusado; de outro, a pandemia do covid-19 não permite a presença, sendo a alternativa tecnológica viável a videoconferência.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a realização da audiência de custódia por videoconferência é hoje o meio mais adequado e aplicável para que se consiga, ao menos de forma mínima, garantir os direitos fundamentais da pessoa presa.

Resta evidente que audiência de custódia é um instrumento que foi positivado com o objetivo de prevenção da não tortura e garantia dos direitos fundamentais da pessoa presa, de modo que para garantia dos seus objetivos impunha a entrevista pessoal do preso com o juiz.

Deve-se verificar que antes da pandemia da covid-19, a doutrina já havia chegado a discutir a possibilidade, reconhecendo-a possível em caráter excepcional, mas a jurisprudência negou a possibilidade, não admitindo o sistema da videoconferência, argumentando que sua utilização para as audiências de custódia aparentemente contrasta com os princípios e com as garantias constitucionais que a institucionalização deste procedimento buscou preservar.

Contudo, o início da pandemia do covid-19 e sua demora no tempo fez com que a questão fosse novamente retornada ao foco, sendo necessário reconsiderar conceitos e princípios, ante o novo cenário.

Apesar de ainda haver entendimento no sentido de que o sistema de videoconferência vai de encontro à essência do instituto da audiência de custódia, o entendimento que prevaleceu foi o de que a não realização das audiências de custódia durante esse período acarreta prejuízo muito maior a milhares de presos, muito maior do que o sistema da videoconferência.

Assim, considerando o cenário mundial da pandemia do covid-19, o sistema da videoconferência apesar de não ser o ideal, ainda é o melhor para tentar garantir a não tortura, preferindo-se o novo método a voltar ao antigo sistema da mera análise dos Autos de Prisão.

Atualmente, vive-se em Estado de Direito num momento excepcional. E para momentos excepcionais, precisamos ter medidas excepcionais, o que justifica as audiências virtuais durante a pandemia.

Ficou evidente, que o sistema da videoconferência é o que mais se aproxima de garantir a não tortura, tendo em vista que o próprio sistema da videoconferência, assim como aplicado na audiência do processo penal, traz meios como a entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor e a privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, para tentar minimizar os efeitos da não presença física, o que é, em muito, mais garantidor do que a mera análise do papel.

Esta pesquisa sustenta, portanto, que apesar de não ser unânime, o posicionamento pela utilização do sistema da videoconferência é o melhor e mais recente adotado pela jurisprudência e doutrina majoritária.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Disponível em <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/08/01-AMB-STF-ADI-CNJ-Res-329-Inicial-Assinado.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BOAVENTURA, Thiago Henrique. *Tudo o que você precisa saber sobre Audiência de Custódia*. 2016. Disponível em: <<https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/414730318/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Processo 0009672-61.2020.2.00.0000*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/lista-de-processos-da-sessao/?sessao=600>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Reclamação 0008866-60.2019.2.00.0000*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213 e seus protocolos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-15-15-presidencia.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 329*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 357*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 62*. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. Convenção Americana de Direitos Humanos. *Decreto 678/92*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em 11 ago. 2020.

_____. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Decreto 40/91*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. *Decreto 98.386/89*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

_____. *Decreto Legislativo nº 6*, de 20 de março de 2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. *Lei nº 11.900*, de 8 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11900.htm> Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. *Resolução CM nº 9/2019*. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=174992&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&proxc=>>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU apud PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Avaliação dos impactos da pandemia causada pela covid-19 nos processos de trabalho dos tribunais*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Impactos-Covid_V3_19082020.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Defensoria se posiciona contra audiências de custódia virtuais. Disponível em <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10879-Defensoria-se-posiciona-contras-audiencias-de-custodia-virtuais>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA; FISCHER apud PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018.

PAIVA apud ANTUNES, Renata Prestes. *Audiência de custódia: uma análise da implantação na justiça gaúcha e dos limites cognitivos do uso da entrevista como prova na fase processual*. Disponível em: <https://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/renata_antunes_20171.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2018.

PIMENTA, Luciana. *Audiência de custódia: o que é e como funciona*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

RODRIGUES, Anna. *Palavra de quem entende: A audiência de custódia no Processo Penal brasileiro*. 2015. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/audiencia-de-custodia-no-processo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

SICA, Heitor. *Coronavírus e Poder Judiciário: impactos permanentes da pandemia*. Disponível em <<https://blog.sajadv.com.br/coronavirus-poder-judiciario/>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

TOFFOLI apud ANGELO, Tiago. *CNJ proíbe audiências de custódia por videoconferência*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proibe-audiencias-custodia-videoconferencia>>. Acesso em: 25 mar. 2021.