

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E OS RISCOS
CONCERNENTES AOS DIREITOS E GARANTIAS CONFERIDOS A PESSOA
PRESA**

RAFAELLA CÂMARA MONTENEGRO

Rio de Janeiro

2022

RAFAELLA CÂMARA MONTENEGRO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E OS RISCOS
CONCERNENTES AOS DIREITOS E GARANTIAS CONFERIDOS A PESSOA
PRESA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Diogo Rudge Malan.

Rio de Janeiro

2022

RAFAELLA CÂMARA MONTENEGRO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA E OS RISCOS
CONCERNENTES AOS DIREITOS E GARANTIAS CONFERIDOS A PESSOA
PRESA**

Monografia de final de curso, elaborada no
âmbito da graduação em Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro, como
pré-requisito para obtenção do grau de bacharel
em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Diogo Rudge Malan

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

RESUMO

A Audiência de Custódia constitui um direito da pessoa que tem sua liberdade restringida de ser apresentada a um juiz ou autoridade competente dentro das 24 horas que se seguem a sua prisão. Tal ato pré-processual visa, portanto, o exame da legalidade, necessidade e adequação da prisão, analisando as circunstâncias em que esta se deu e buscando reprimir quaisquer ilegalidades ou excessos na sua realização. Isto posto, o presente trabalho monográfico aspira suscitar uma reflexão acerca do instituto no que tange a sua relevância para a tutela dos direitos do custodiado e, analisar, dentro do plano atual de possibilidade da realização da audiência de custódia de maneira virtual, mediante a tecnologia da videoconferência, as possíveis ameaças dessa flexibilização para o fim maior do ato em estudo: a preservação dos direitos e garantias básicas da pessoa.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Direitos da pessoa presa; Virtualização; Riscos para garantias constitucionais consolidadas do custodiado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	8
2.1. Gênese internacional da audiência de custódia e dificuldades na internalização do instituto	8
2.2. Análise cronológica da positivação da Audiência de Custódia no âmbito pátrio e os percalços enfrentados conquista desse direito	10
2.2.1. Discussão quanto à constitucionalidade da obrigatoriedade de realização da Audiência de Custódia	15
2.2.2. Da necessidade da Audiência de Custódia como mecanismo de melhoramento do sistema penitenciário brasileiro	17
2.3. Conceito e finalidades distintivas do instituto	19
2.3.1. Análise da legalidade da prisão e o contexto de permissividade social com a violação de direitos da pessoa presa	22
2.3.2. Audiência de Custódia como instrumento de combate à impunidade dirigida aos tratamentos cruéis e degradantes no momento da prisão	25
a. Dificuldade na colheita dos relatos	26
b. Procedimento investigativo nas denúncias de torturas e maus tratos na realização da prisão	27
2.3.3. Audiência de custódia como meio de refrear o super encarceramento	35
2.4. Jurisprudências relevantes sobre o tema	37
3. CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A VIRTUALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS NO PROCESSO PENAL	43
3.1. Uma análise cronológica da permissividade do CNJ quanto à virtualização dos atos e procedimentos judiciais	45
3.2. Vantagens decorrentes da virtualização	50
3.1.1. Conferência de maior celeridade aos atos processuais e pré processuais	50
3.1.2. Economia de Recursos Públicos	52
3.1.3. Segurança dos agentes envolvidos na realização dos atos processuais	53
3.2. Óbices opostos a virtualização das audiências no processo penal	54
3.2.1. Processo de afastamento inerentemente presente das audiências remotas	55
3.2.2. Restrição da comunicação entre réu e advogado	57

4. CONTROVÉRSIAS CONCERNENTES À VIRTUALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA	59
Modificação do contexto fático e a evolução da jurisprudência quanto à possibilidade de realização remota Audiência de Custódia	61
4.1.1. Papel do Conselho Nacional de Justiça na permissão da virtualização da Audiência de Custódia	63
4.2. Relação entre a virtualização e a subnotificação dos casos de torturas e maus tratos	69
4.3. A virtualização da Audiência de Custódia e a inobservância ao Princípio da Vedação ao Retrocesso	73
5. CONCLUSÃO	74
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

1. INTRODUÇÃO

A restrição do direito à liberdade consubstanciada na prisão do indivíduo constitui, em sua essência, uma das mais hostis intervenções do Estado na esfera privada do jurisdicionado. Nada obstante, o exercício do *jus puniendi* não pode, em hipótese alguma, ser efetuado dentro de uma lógica predatória de outros direitos e garantias fundamentais tutelados pelo texto Constitucional, legislação pátria e diplomas internacionais, devendo-se ater ao uso do poder punitivo nos termos do que as normas legais legitimam.

Diante desse pressuposto, faz-se necessária a existência de um meio que viabilize a fiscalização desse poder de tamanha contundência, possibilitando que as circunstâncias da restrição de liberdade possam ser objeto de apreciação quanto a sua legalidade, bem como no que concerne a sua necessidade e adequação ao caso concreto. É justamente neste lastro que surge a Audiência de Custódia, objeto de foco do presente ensaio, e que, por sua vez, encontra sua *ratio existendi* na necessidade da aplicação desse filtro jurisdicional que freie os excessos estatais e, ao mesmo tempo, tutele os direitos afetos à dignidade da pessoa custodiada.

Dentro desse panorama, busca o presente trabalho monográfico demonstrar de maneira mais aprofundada as características e finalidades desse instituto, além de, ao final, abordar as novas formas de realização que sobre ele recaíram a partir da permissão de realização de Audiências de Custódia na modalidade virtual, abalando diversas noções a muito consolidadas no campo do Direito Processual Penal.

Perante o exposto, debruçar-nos-emos sobre as nuances da Audiência de Custódia, especialmente no que concerne os seus objetivos de efetivação e fiscalização do cumprimento dos direitos da pessoa presa e o tratamento da questão carcerária brasileira, e se estas encontram ou não continuidade nesse novo contexto de virtualização tão amplamente questionado e recentemente permitido.

2. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:

2.1. Gênese Internacional da Audiência de Custódia e Dificuldades na Internalização do Instituto

O germen da Audiência de Custódia – também denominada Audiência de Apresentação – encontra-se, sem dúvida, nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, notadamente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, tendo ambos entrado em vigor no Brasil apenas décadas após, mais especificamente no ano de 1992.

Os dois diplomas citados possuem inegável importância para a evolução do tratamento de garantias destinadas a pessoa humana, dentro e fora do âmbito processual, buscando tutelar importantes direitos considerados substanciais aos participantes das nações signatárias. É nesta toada que o Pacto em referência versa:

“ARTIGO 9

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.” (grifo meu)

Em sentido análogo, vem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já no ano de 1969, regular que:

“ARTIGO 7

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.” (grifo meu)

Diante dos dispositivos trazidos, pode-se extrair a raiz norteadora da criação do instituto da Audiência de Custódia, sendo esta o veículo criado para a efetivação do citado direito de encaminhamento a um juiz ou autoridade competente sem demora, após a realização da prisão. Assim, sem dar o *nomen iuris* posteriormente criado, os tratados citados já reconheciam nesse encaminhamento uma garantia de direitos humanos relacionados à liberdade pessoal do indivíduo, visando que a autoridade judiciária pudesse avaliar a contingência de uma condição tão cara ao ser humano, evitando uma série de abusos e ilegalidade que eventualmente poderiam ser levadas a cabo.

Não é demais lembrar que a Emenda Constitucional nº 45¹, editada no ano de 2004, cuidou de estabelecer um especial status normativo para os Tratados Internacionais que tivessem como objeto Direitos Humanos. Isso porque o aludido dispositivo cumpriu o intento de conferir a estes diplomas um posicionamento hierárquico próprio, fazendo com que o elenco de direitos por eles consagrados pudessem ser exigidos direta e imediatamente também no plano no ordenamento jurídico interno².

Ocorre que, como os tratados mencionados já haviam sido internalizados no Brasil mediante um rito diferente do previsto na Emenda Constitucional de 2004, o Supremo Tribunal Federal, em decisão³ paradigma sobre o tema, acabou por sedimentar que aqueles Tratados,

¹CF, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes
(...)

[§ 3º](#) Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

² Cançado Trindade, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso. D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de Direitos Humanos. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46).

³ Afirmou o Ministro Gilmar Mendes: “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento

também sobre Direitos Humanos, mas que tivessem sido aprovados em momento anterior a esta data teriam o chamado status supra legal, ou seja, acima das leis ordinárias, porém abaixo da Constituição. Exatamente neste âmbito adequam-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica..

Nada obstante esse direito não seja em nada novo no âmbito do Direito das Gentes e, conforme entendimento sedimentado, serem exigíveis de pronto, sua aderência pelo Brasil mostrou-se carente de celeridade, sendo separada em dois momentos: o primeiro com a ratificação dos Tratados citados pela República Federativa do Brasil, ocorrida em 1992, e o segundo, vinte e três anos depois, com a materialização do direito tutelado nos dispositivos mencionado dentro do âmbito interno, estabelecendo o direito à realização de Audiência de Custódia com a presença do custodiado, seu advogado ou defensor público, membro do Ministério Público e o Juiz ou Autoridade incumbida de presidir o ato⁴.

2.2. Análise cronológica da positivação da Audiência de Custódia no âmbito pátrio e os percalços enfrentados conquista desse direito

A introdução da audiência de custódia no âmbito do direito processual penal interno não foi fruto de um processo célere que, em verdade, emergiu de uma extensa evolução temporal. Iniciada no plano internacional há décadas atrás, e encontrando um importante – mas ainda impreciso marco - com a ratificação dos tratados internacionais que a asseguravam, o direito de condução a um juiz ou autoridade judiciária competente em curto tempo depois de efetuada a prisão só veio a ser objeto de regramento interno no ano de 2015, em que tal prerrogativa veio a ser garantida por diploma interno.

de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico”. (STF - RE: 466343 SP, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/06/2009)

⁴BRASIL. Lei nº 13.964, de 2019. Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público

A princípio, este intento revelou-se mediante Projeto de Lei do Senado Federal de nº 554/2011⁵, que trouxe em seu bojo, e de maneira inaugural, a determinação do prazo para que a pessoa detida fosse apresentada a autoridade judiciária, tendo, inclusive, na sua exposição de motivos⁶, o próprio Pacto de São José da Costa Rica dantes mencionado. Nesse sentido, o texto inicial do PL foi proposto pelo Senador Antônio Carlos Valadares nos seguintes termos:

“Art. 1º O § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 306. § 1º **No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente**, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.” (grifo meu)

Nessa esteira, o Projeto de Lei apresentado pela primeira vez em 2011 tinha como escopo a efetivação do direito justamente pelo seu acerto, ou seja, a promoção de maior segurança jurídica e possibilidade de aplicabilidade pelos seus tutelados, que se dá precisamente com o estabelecimento de um prazo certo de 24 horas que, nos termos dos Pactos definidores do direito, mostra-se suficientemente curto e razoável para que o detido tenha seu direito de apresentação à autoridade judiciária garantido.

Assim, ainda que de maneira notadamente demorada, tal ocasião mostra-se importante para marcar o início da preocupação do legislador pátrio com a referida pauta, ainda que de maneira limitada, haja vista que, neste momento, falava-se tão somente desse direito à audiência de apresentação à autoridade judiciária quando a prisão fosse decorrente de flagrância, não abrangendo as demais hipóteses.

⁵ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 7 de setembro 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Senado Federal. [2011]. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg_getter/documento?dm=4451474&ts=1630431137228&disposition=inline >

⁶ Ibidem, p.2

Passado o preliminar, e como não poderia ser diferente dada a conjuntura fática observada, o Supremo Tribunal Federal finalmente se pronunciou por decisão paradigma em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347⁷ que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional vivenciado no sistema penitenciário brasileiro, sendo este verificado na existência de um quadro de violação sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação⁸.

Nesse sentido, o Ministro da Corte Suprema, Marco Aurélio Mello, relator na ocasião, acabou por confirmar o Estado de Coisa Inconstitucional consubstanciado em razão do seguinte quadro fático reconhecido na própria decisão, *in verbis*:⁹

“(...) os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e **celas imundas**, sem iluminação e ventilação **representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas**. As áreas de banho e sol dividem o espaço com **esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes**. Os **presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade**, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo
(...)

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro.” (grifo meu)

Tendo em vista o contexto reconhecido pelo *decisium* de 2015, mas já existente há anos no país, somente depois de decorridos longos anos do início dessa preocupação no âmbito internacional, o legislador interno manifestou, pela primeira vez, uma tentativa de auferir efetividade para o direito de condução em curto tempo a um juiz ou autoridade competente no momento posterior a realização da prisão.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Plenário. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Julgado em: 09/09/2015. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/02/ADPF-347-Inteiro-Teor.pdf>>

⁸ Ibidem, p.11

⁹ Ibidem, p. 6

Após o exposto, e ainda em 2015, mesmo ano em que o Supremo reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional presente no sistema penitenciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça, em fase experimental e em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inicia o projeto embrionário para a realização de Audiências de Custódia no âmbito esse estado.

Na ocasião, a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Corregedoria Geral da Justiça editavam o importante Provimento Conjunto de N° 03/2015, no qual ficou resolvido:

“Art.1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

(...)

Art.3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.” (grifo meu)

Nesses termos, o citado Provimento, de 22 de janeiro de 2015, deu gênese a efetiva implementação do direito a realização da referida Audiência primeiramente de forma experimental em âmbito estadual para a sequência, e demonstrado o apoio de diversas entidades representantes dos direitos humanos, a Audiência de Custódia finalmente foi expandida para o âmbito nacional mediante a Resolução 213/2015¹⁰ do Conselho Nacional de Justiça, representando uma inegável vitória na tutela dos direitos humanos da pessoa presa.

O referido ato normativo tem papel de tamanha relevância justamente por, além de acertar o direito de apresentação da pessoa presa em flagrante delito, no prazo de 24 horas, à autoridade judicial competente de maneira pormenorizada, trazendo importantes determinações não só sobre a obrigatoriedade do ato, mas também acerca da forma que ele deve ser produzida. Assim, temas como a vedação da presença do agente que efetivou a prisão no momento da audiência, a restrição ao uso de algemas, o direito a presença de advogado ou defensor público,

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.213, de 15 de dezembro de 2015, Diário de Justiça do Conselho Nacional de Justiça n. 1 de 8 de janeiro de 2016, p. 2-13. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<https://atos.enj.jus.br/atos/detalhar/2234>>

em suma, toda a criação de uma conjuntura que viabilize a efetividade e alcance dos objetivos da Audiência em comento.

Também não se pode deixar de virgular que a referida Resolução, editada em 2015, surge alinhada com o *decisium* do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347¹¹ já mencionada vez que esta, visando assegurar o mesmo direito de que cuida o diploma em apreço, versou:

“Conclui que, presente cenário de forte violação de direitos fundamentais dos presos e falência do conjunto de políticas públicas voltado à melhoria do sistema carcerário, o Supremo deve impor aos poderes públicos, em síntese, as seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; (...)

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;” (grifo meu)

Assim, em decisão de inegável importância histórica para a criação e evolução para a obrigatoriedade da realização das depois chamadas audiências de custódia, o Supremo Tribunal Federal teve afiada interpretação, levando em conta o contexto agonizante das prisões brasileiras e a necessidade de desenvolvimento de métodos de refreamento diversos – além da referida audiência – tais como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, também abordadas no aludido pronunciamento, do início da aplicação desse controle de legalidade das prisões, neste momento, ainda de maneira retroativa aquelas que já haviam sido levadas a cabo.

Por derradeiro, após longas penas enfrentadas no intento de garantir ao preso a observância do seu direito de condução em período reduzido ao juiz competente após a sua prisão, deu-se a consolidação destes, além da Resolução do CNJ, também por lei, inserida no próprio Código de Processo Penal pelas vias da Lei 13.946, editada no sentido de

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Julgado em: 09/09/2015. p.9. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/02/ADPF-347-Inteiro-Teor.pdf>>

“Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal”¹². O texto, dessa vez, terminou de consolidar o direito por meio do seguinte texto:

“Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente (...)” (grifo meu)

Fato é que, atualmente, já tornou-se inquestionável a importância e obrigatoriedade do instituto no âmbito da proteção de garantias fundamentais da pessoa presa, conforme reconhecido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em Parecer¹³ elaborado em Reclamação Constitucional 29.303, em que repisou:

“(...)dúvida não há de que a audiência de custódia é medida que se impõe em território nacional, além de caracterizar verdadeiro compromisso internacional de respeito aos direitos humanos, devendo ser garantida e observada por todos os poderes de Estado, inclusive o Judiciário.”

Diante de toda a cronologia legislativa e jurisprudencial apresentada, resta claro que a conquista ao direito de realização da Audiência de Custódia sem demora após a efetivação da prisão foi um longo e árduo caminho, devendo sempre ser objeto de vigia atenta daqueles que reconhecem nesse instituto tamanha importância para os direitos e garantias de pessoas submetidas ao Poder coercitivo do Estado em sua forma mais marcante, a saber, a restrição da sua liberdade de locomoção.

2.2.1. Discussão quanto à constitucionalidade da obrigatoriedade de realização da Audiência de Custódia:

¹² BRASIL. Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal

¹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Parecer. Reclamação Constitucional 29.303 -AgR-Extn- Terceira/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 17.12.2020. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-09-12-2020-14-21-43-22240.pdf>>

Como é cediço, o Provimento Conjunto 03/2015, editado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e a Resolução 213, concebida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foram os instrumentos normativos responsáveis por trazer para o plano interno a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, primeiramente no âmbito do Estado de São Paulo para, em momento posterior, alcançar todo o território nacional. Tal determinação, conforme explanado alhures, veio à baila inteiramente lastreada nos direitos já consolidados internacionalmente pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos que, quando das suas internalizações, no ano de 1992, já tiveram seu conteúdo analisado no sentido de atestar a compatibilidade com a ordem jurídica interna.

Nada obstante esse controle já tenha sido efetuado no próprio ato da ratificação, esse procedimento interno não impediu que a edição dos instrumentos normativos em apreço fosse objeto de algumas celeumas envolvendo a sua constitucionalidade.

Como importante caso de questionamento desta problemática tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.240, que tinha como objeto o mencionado Provimento Conjunto do TJSP que estabeleceu a obrigatoriedade da realização, bem como definiu alguns regramentos para a Audiência de Custódia do âmbito desse estado. Na Ação, houve a indagação específica quanto à constitucionalidade em sentido formal do Provimento Conjunto 03/2015, alegando o Requerente – *in casu*, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - que o assunto regulamentado no Provimento não poderia ser tratado em instrumento normativo dessa natureza, por, segundo a Associação, extrapolar o poder regulamentar detido pelo Tribunal.

Em discordância com o advogado pela Requerente, entendeu o Supremo, em irretocável *decisium*¹⁴, que o Provimento questionado tinha papel exclusivo de autogestão, estando totalmente alinhado com as incumbências administrativas que a Constituição Federal delega para os próprios Tribunais, a fim de que possam se auto organizar nos termos do que permite a Lex Maior. Exatamente isso foi o que materializou o Provimento ao estabelecer a

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 5240 SP, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2016.

realização e os meios de efetivação da audiência de apresentação na circunscrição do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Assim determina o Acórdão ao atestar a constitucionalidade do Provimento Conjunto em apreço:

“Quanto aos artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 do Provimento hostilizado, registro que veiculam comandos de mera organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa que lhe é outorgada pelo artigo 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal.

(...)

Ocorre, contudo, que os supracitados dispositivos do Provimento objurgado não violam reserva de lei instituída pela Constituição Federal, tampouco afrontam qualquer disposição material da Carta Política. Com efeito, nos termos já enunciados acima, o Tribunal de Justiça de São Paulo meramente organizou o funcionamento dos seus órgãos judiciários, estritamente dentro da esfera de atribuições inerente à sua autogestão, assegurada pelo artigo 96, inciso I, alínea a, da Carta Política.”

Nesses termos, expressamente superado o argumento da inconstitucionalidade formal do diploma normativo que trouxe a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia no âmbito do Estado de São Paulo, onde foi instituída inauguralmente.

2.2.2. Da necessidade da Audiência de Custódia como mecanismo de melhoramento do sistema penitenciário brasileiro:

A situação de violação sistêmica de direitos humanos dentro das prisões brasileiras, infelizmente, não é mais objeto de espanto para a sociedade civil. A conjuntura ali observada, já retratada em diversas obras literárias e cinematográficas, bem como noticiada em jornais de ampla audiência constitui, em verdade, um quadro bem real experimentado por aqueles submetidos ao sistema prisional pátrio, fortemente marcado pelo abandono das autoridades políticas e, como não se pode esquecer, do próprio corpo social que insiste em fechar os olhos para este angustiante cenário.

Já constitui lugar comum, nos tempos atuais, afirmar que o sistema prisional brasileiro encontra um superávit insustentável, sem condições de promover direitos mínimos garantidos

da Constituição, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais. Porém, para que se tenha uma real dimensão da problemática, mister apontar a questão na forma de números daqueles que, hoje, fazem parte da estrutura carcerária do país.

Segundo dados extraídos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça¹⁵ (CNJ), a população carcerária brasileira alcançou a aterradora cifra de 905.063 (novecentos e cinco mil e sessenta e três) pessoas privadas de liberdade. Tal número já é suficientemente alarmante, mas se torna ainda mais quando debruçamo-nos sobre as condições a que essas pessoas são submetidas no seu dia a dia.

A fim de ilustrar o mencionado, o Relatório¹⁶ elaborado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), integrante do Sistema Nacional de Combate a Tortura buscou avaliar a situação enfrentada em prisões espalhadas pela Federação, e encontrou um resultado nada menos que desumano. Foram denunciados diversos absurdos observados em estabelecimentos carcerários, incluindo questões como a prática de torturas infringidas a pessoas presas, o não fornecimento de itens básicos de subsistência e a imposição de frio e fome como castigos e as mais diversas formas de abusos diários.

Tal situação, além de trazer a consequência óbvia de ferir catedraticamente os direitos e garantias constitucionais mais básicos, leva o próprio sistema prisional a uma situação limítrofe, abrindo mais espaço para a ocorrência de violações praticadas pelos e entre os próprios custodiados. Disso decorre o infeliz panorama visto em diversas penitenciárias brasileiras, em que não raro são registrados casos de violências e até óbitos dentro desse contexto de completa desumanidade e tensão, especialmente entre integrantes de facções criminosas distintas.

¹⁵ Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça, 2022.. Disponível em: < <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> > Acesso em: 4 de nov de 2022.

¹⁶ Brasil. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2018. Relatório Anual (2017) / Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT): José de Ribamar de Araújo e Silva, Victor Martins Pimenta, João Vitor Rodrigues Loureiro, Ana Claudia Nery Camuri Nunes, Valdirene Daufemback, Lucio Costa. 166 p.62-68. Disponível em: < <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios-1/RelatrioAnual20172018.pdf> > Acesso em: 2 de ago de 2022

Nesse ínterim, o que se observa na prática é a imposição de uma pena que vai muito além daquela legitimada pelo ordenamento jurídico, vez que às pessoas presas é imposta não só a restrição de liberdade em si – com o exercício legítimo e permitido por lei *do jus puniendi* – mas, afora isso, a sobreposição de uma verdadeira tortura sobre aqueles submetidos ao jugo estatal, tornando-se a vedação constitucional às penas cruéis uma ilusória abstração legal que não alcança a realidade das prisões brasileiras

É dentro desse contexto que foi se mostrando cada vez mais necessária a criação – ou nesse caso, internalização – do instituto da Audiência de Custódia, de modo a ser um dos instrumentos de tratamento para o quadro narrado, vez que cumpre, um papel de filtragem das prisões efetuadas, quanto a sua legalidade, necessidade e adequação aos casos concretos em que é aplicada, permitindo, ao fim e ao cabo, um arrefecimento das taxas de aprisionamento que contribuem, sem nenhuma dúvida, com a periclitante situação ora relatada.

2.3. Conceito e finalidades distintas do instituto:

Ab initio, com vistas a definir de maneira mais acertada o objeto de estudo sobre o qual se debruça a presente pesquisa, bem como a sua relevância e contribuição, mister entender a importância e finalidade das Audiências de Custódia, levando em conta ser um ato de tenções tão específicas e contundentes.

Nas palavras de Caio Paiva¹⁷, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e grande entusiasta do instituto, este ato pode ser curtamente explicado nos seguintes termos:

“A audiência de custódia consistente na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato

¹⁷ PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Empório do Direito, 2015.p. 37

de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura”

Assim, o autor arremata¹⁸ afirmando que funções essenciais de controlar abusos das autoridades policiais e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias. Nessa mesma linha conceitua o Professor Pedro Lenza comenta sobre as Audiências de Custódia no seguinte sentido:

“(…)caracterizam-se como procedimento pelo qual toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apesentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.”¹⁹

Já com enfoque na questão da necessidade e adequação da restrição da liberdade no caso concreto, Gustavo Badaró²⁰, discente da Universidade de São Paulo posiciona-se da seguinte maneira:

“ No caso de prisão em flagrante, o juízo a ser realizado na chamada audiência de custódia é complexo ou bifronte: não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa à prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.” (grifo meu)

Nessa mesma linha de destaque das finalidades da Audiência de Custódia, deve-se pontuar a sua relevância também no campo da efetivação dos valores basilares do Direito Penal e Processual Penal, dentre os quais tem-se a presunção de inocência, que exige que o tratamento

¹⁸ Ibidem, p.38

¹⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 1237.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. 2014, p. 14 Disponível em:

<https://www.academia.edu/9457415/Parecer_Pr%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia%3E> Acesso em: 23 de out de 2022

concernente seja dispensado ao custodiado até que provado o contrário, e ainda, conforme Aury Lopes Júnior e Caio Paiva²¹ chamam atenção, a ampla defesa. Nessa esteira, aduzem os autores expoentes na defesa dos direitos humano que:

“Permitir que o preso já se apresente acompanhado de um advogado já expressa mesmo que de forma incipiente, o apreço pelo princípio da ampla defesa, pois se está diante de uma situação em que poderá haver uma punição em decorrência de um cometimento de um delito, portanto, nada mais justo e humano se estar acompanhado dos devidos instrumentos que lhe sejam capazes de assegurar uma proteção contra o pesado poder estatal.” (grifo meu)

Diante dessas importantes pontuações, pode-se aferir que o aludido instrumento de proteção dos direitos humanos tem, por conseguinte, o caráter de filtragem das restrições de liberdade efetuadas por meio do Poder Estatal nesses dois flancos, funcionando como tutela contra arbitrariedades e até mesmo excessos punitivos que deixam de tratar a medida de restrição de liberdade como *ultima ratio* que é.

Nesta toada, o instituto, hoje em dia sedimentado no próprio Decreto-Lei 3.689 de 1941 (Código Processual Penal), tem para si, pela própria legislação, o estabelecimento dos seguintes fins:

“Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) I - **relaxar a prisão ilegal**; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - **converter a prisão em flagrante em preventiva**, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança**. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos **incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**, **poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória**, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (Grifo meu)

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia Aponta para Evolução Civilizatória do Processo Penal**. 2014. Disponível em: http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Revista_da_Defensoria_P_blica_Ano_V_N_9_mai_ago_2014_v4.pdf#page=161 Acesso: 25.Mai.2021

Conforme se extrai do dispositivo supratranscrito, a Audiência de Custódia guarda como fim justamente essa primeira análise, por parte de autoridade judiciária, quanto à prisão efetivada de modo a buscar erradicar (em um mundo ideal) ou, ao menos, diminuir (em um plano fático) os aprisionamentos ilegais e/ou desnecessários. Desta feita, inegável o papel das referidas audiências para a ponderação do poder coercitivo do Estado que, não raras vezes, é exercido de maneira desmedida.

Nessa esteira, passa-se a análise das duas principais frentes almejadas na realização da Audiência de Custódia, quais sejam: A legalidade da prisão e a necessidade da sua manutenção, tendo em vista a existência de outras medidas cautelares definidas em lei – e as quais, se cabíveis, deve-se dar preferência caso adequadas ao caso concreto – tendo em vista os efeitos catastróficos da pena restritiva de liberdade sob aquele que a suporta.

2.3.1. Análise da Legalidade da Prisão e o contexto de permissividade social com a violação de direitos da pessoa presa:

De início, manifesto o valor inestimável da Constituição da República Federativa do Brasil quando tratamos da defesa dos Direitos Humanos de diversos cunhos, sendo o diploma maior um verdadeiro marco não só para o exercício da cidadania, mas também para a consolidação de disposições que execram comportamentos que não podem ser intitulados de outra forma que não bárbaros, a exemplo da imposição de tratamentos que lacaram a dignidade do ser humano, tais como a tortura.

Nessa esteira, o artigo 5º da Carta Magna traz algumas das mais caras garantias para o cidadão, que encontra nele diversas proteções que derivam da sua própria condição humana que traz como consequência natural e automática a dignidade que, como versado belissimamente

pontuado por Ingo Wolfgang Sarlet²², constitui qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

Dentro desse quadro de disposições que protegem o ser humano da própria barbárie e a de seus pares, fazendo do direito um instrumento de tutela da citada dignidade humana insere-se o art. 5º, parágrafo 3º da CRFB, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - **ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.**”

Apesar do Direito Fundamental colacionado possuir inegável importância em um Estado Democrático de Direito que mereça seu nome, bem como em qualquer civilização minimamente desenvolvida quanto à noção de direitos humanos, ele ainda está longe da plena efetivação, demonstrando, por muitas vezes, a incivilidade ainda presente na realidade atual. Tal afirmação cria suas raízes em duas frentes, sendo a primeira o contexto histórico-cultural do Brasil de histórica permissividade de violação de direitos de certas “classes” e a segunda, a impunidade observada nos casos em que o dispositivo supracitado é veementemente ultrajado sem maiores consequências para quem o faz.

Sobre o primeiro ponto supramencionado, faz-se necessário partir do princípio que o contexto brasileiro, em seu âmbito da aplicação da Lei Penal, é profundamente marcado pela mentalidade Punitivista, que confunde o *Jus Puniendi* do Estado com uma verdadeira vingança social. Dessa mistura, insurge o chamado Direito Penal do Inimigo, teoria formulada por Gunther Jakobs que, utilizando-se de uma lógica que segrega as figuras de “nós e eles”, coloca

²² SARLET, 2021, p.60

o chamado criminoso habitual contra o cidadão, devendo àquele ser concebido como um mal a ser combatido.

Nessa sorte, dentro dessa noção de adversariedade, há uma verdadeira de substituição da figura humana pela mera figura de inimigo, chegando, por isso a se justificar o próprio tratamento penal diferenciado quando direcionado a uma ou outra pessoa.

Assim, tem-se o quadro de permissividade de flexibilização de direitos e aderência de procedimentos mais recrudescidos para uns e não outros, impondo inclusive a inobservância de prerrogativas básicas da dignidade humana, valor intrínseco a todo e qualquer pessoa. Nesses termos se dá a separação entre o “nós” e o “eles”, que inclui a diferenciação entre as duas espécies, que nas palavras de Manuel Cancio Meliá constituem: “o Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo as medidas de segurança) combate perigos”²³

Tendo em vista o apresentado, especialmente quanto a essa lógica de separação apresentada entre a figura do “Inimigo” e do “Cidadão” explorada por Jakobs²⁴, bem como a permissividade decorrente dessa ânsia pela vingança, especialmente nos crimes considerados mais gravosos pelo corpo social, torna-se mais fácil entender o quadro de relativização de certos direitos, especialmente àqueles que visam à salvaguarda de garantias da pessoa em restrição de liberdade, em que se encaixa a vedação à tratamentos degradantes ou quaisquer outros atos que venham a destituir-lhe de sua própria dignidade e integridade, seja ela física, moral ou psicológica.

²³ JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas/ Gunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed. Atual. E ampl. 2. Tir – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.15

²⁴ Ibidem, p. 19.

Nesses termos se dá a separação entre o “nós” e o “eles”, e a atribuição da figura de inimigo gerando a exclusão da própria figura de pessoa humana, atesta Eugenio Raul Zaffaroni²⁵:

“a negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo”.

Assim, tem-se demonstrada a *ratio existendi* de um instituto que vise frear essa mentalidade de relativização e violação sistêmica de direitos, materializando-se tal defesa na realização de uma audiência de custódia logo após a realização da prisão, nos termos do que prevê a Lei e os Tratados já mencionados.

2.3.2. Audiência de Custódia como instrumento de combate à impunidade dirigida aos tratamentos cruéis e degradantes no momento da prisão:

Ao abordarmos as finalidades que justificam a instituição e absoluta necessidade da realização das Audiências de Custódia para aferição da legalidade da prisão, temos o seu inegável mote de tratamento, prevenção e erradicação de torturas praticadas por agentes do Poder Público, vez que a prática mostra que esse triste contexto ainda é realidade no panorama brasileiro. Este infeliz quadrante, que se constrói seja pela falta de fiscalização e vontade política em torno da mudança da situação, seja pela lógica punitivista ainda encampada por parte significativa da sociedade, acaba por naturalizar comportamentos *contra legem* e diametralmente contrários aos valores constitucionais.

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 21

A demonstração desse estado de coisas foi feita através de um levantamento²⁶ realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que ao avaliar uma amostra de 1.920 homens e mulheres presos entre os meses de agosto e dezembro do ano de 2020, chegou ao periclitante resultado de que 31% destes alegaram ter sofrido alguma espécie de maus-tratos quando da realização da prisão.

Desse resultado, que por si só já é preocupante, surge também outra problemática – e ainda mais difícil de ultrapassar – enfrentada no combate à essa execrável realidade: a subnotificação sobre os casos de torturas e maus tratos perpetradas, na esmagadora maioria das vezes, pelos próprios agentes públicos.²⁷, sendo absoluta maioria as perpetradas por policiais militares, alcançando o percentual de 85,6% da amostra total de 1.129 vítimas.

Assim, ao conjugarmos a violação sistêmica de direitos com a sensação de insegurança experimentada por quem passa pela experiência de alguma forma de tortura e ainda, a descrença na efetiva punição dos agentes responsáveis pela ilegalidade, tem-se a amalgama perfeita para que as ocorrências de maus tratos revelem-se apenas em parte, permanecendo uma parcela dos casos sobre uma “cifra negra” que esconde em grande medida a magnitude da realidade em questão.²⁸

a. Dificuldade na colheita dos relatos:

²⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO RIO DE JANEIRO, Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia no período de agosto a dezembro de 2020, Rio de Janeiro, 2021. p.26. Disponível em: <[https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_sobre_o_perfil_dos_r%C3%A9us_atendidos_nas_audi%C3%A2ncias_de_cust%C3%B3dia_no_per%C3%ADodo_de_agosto_a_dezembro_de_2020_v3_\(2\).pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_sobre_o_perfil_dos_r%C3%A9us_atendidos_nas_audi%C3%A2ncias_de_cust%C3%B3dia_no_per%C3%ADodo_de_agosto_a_dezembro_de_2020_v3_(2).pdf)> Acesso em: 7 de out de 2022.

²⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO RIO DE JANEIRO. Relatório: Casos de tortura e maus tratos de junho de 2019 a agosto de 2020, Rio de Janeiro, 2021, p. 18. Disponível em: <[https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_\(1\).pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_(1).pdf)> Acesso em: 7 de out de 2022.

²⁸ “O IDDD preocupa-se com a possível subnotificação dos casos de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes – seja porque o/a custodiado/a não entende a pergunta, seja porque se sente constrangido/a em respondê-la.” (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Relatório Nacional: O fim da liberdade. 2019. p. 77). Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf> Acesso em: 18 de ago de 2022.

À priori, a dificuldade enfrentada na própria denúncia desses maus tratos e torturas decorre da própria situação de vulnerabilidade que a pessoa se encontra a partir do momento em que sua liberdade lhe é privada. Por óbvio, a ação do Estado por meio de agentes que levam a cabo a prisão de alguém que ofende ou coloca em risco um bem jurídico penalmente tutelado é legítima, desde que devidamente pautada em todos os ditames legais. Porém, o que não se pode olvidar é que após o momento dessa restrição de liberdade, a pessoa presa vê-se privada de um dos direitos que lhe é mais caro, estando em situação de considerável fragilidade frente ao aparato estatal.

Dado esse quadro, pode-se entender o porquê de, muitas vezes, o custodiado não se sinta em posição suficientemente confortável para, perante o juiz, também agente estatal – assim como aquele que potencialmente o agrediu – denunciar eventuais ocorrências ilegais.

Essa realidade mostra-se reforçada pela já mencionada realidade de que a esmagadora maioria das violações sobre direitos humanos aqui tratadas são perpetradas pelos próprios agentes públicos, em regra policiais militares que efetuam a prisão. Tal contexto faz surgir a necessidade de entender o motivo da manutenção desse estado de coisas, bem como o padrão de medidas tomadas diante de uma ocorrência como essa. E, em suma o que está sendo feito para mudar a realidade de violação sistêmica da lei pelos próprios atores que deveriam assegurar sua aplicação.

b. Procedimento Investigativo nas denúncias de tortura e maus tratos na realização da prisão:

A Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil no ano de 1992 traz em seu bojo a proteção a diversas garantias fundamentais, dentre as quais encontra-se a tutela à integridade física da pessoa presa. Nesse sentido, dispõe o diploma, em seu artigo 5º, que:

“1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (grifo meu)

Aprofundando a questão ainda no âmbito internacional foi elaborada em 1985 e ratificada pelo Brasil em 1989 a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em que, com intuito não só de afirmar o direito ao tratamento digno e sem marcas de qualquer tipo de intervenção cruel ou desumana, também restou definido

Em consonância com a determinação internacional, a Constituição da República Federativa do Brasil também tratou do assunto em uma de suas cláusulas pétreas, consubstanciando, em seu art; 5º, inciso III a mesma vedação a torturas e tratamentos desumanos ou degradantes²⁹.

Aprofundando a questão e visando dar efetividade à garantia legal de âmbito interno e externo, o Brasil ratificou, em 1989, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na qual, além de repisar o direito ao tratamento digno e sem marcas de qualquer tipo de intervenção cruel ou desumana, estabeleceu outras determinações que o viabilizam. Nessa toada, vêm o artigo 6, 7 e 8 da aludida Convenção:

“ARTIGO 6

Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição.

Os Estados Partes segurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade.

²⁹ CF. 198. Art. 5º Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

“III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

ARTIGO 7

Os Estados Partes tomarão medidas para que, no treinamento de agentes de polícia e de outros funcionários públicos responsáveis pela custódia de pessoas privadas de liberdade, provisória ou definitivamente, e nos interrogatórios, detenção ou prisões, se ressalte de maneira especial a proibição do emprego da tortura.

Os Estados Partes tomarão medidas semelhantes para evitar outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.”

Nada obstante os esforços legislativos citados, a mentalidade sociocultural que tem enraizada certo discurso permissivo e negligente para com os direitos da pessoa presa permitem uma perigosa lógica de desamparo e ainda marca um panorama de violações catedráticas de quem se encontra nessa situação, o que, infelizmente, quando se trata da infringência de maus tratos e tratamentos degradantes no momento da prisão e após a sua efetivação, não se mostra diferente.

Partindo-se desse triste panorama, há uma gênese do entendimento de o porquê do artigo 310, inciso I do Código de Processo Penal, que traz o primado de que a prisão ilegal deve ser relaxada³⁰, muitas vezes carece de aplicação prática em que a ilegalidade se coaduna no uso ilegítimo da força ou de algum tratamento cruel por parte de agentes públicos em face da pessoa custodiada..

Data máxima vênia, não se busca aqui colocar o agente público, que atua como *longa manus* do Estado como algoz, mas sim reconhecer que, muitas vezes, a utilização do poder detido por estes se dá de maneira desproporcional, indo além do que se entende como razoável e passando a infringir um direitos subjetivos do custodiado. Assim, justamente pelo fato de muitas vezes mostrar-se tênue a linha do que é indispensável na circunstancia concreta para

³⁰ “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
I-relaxar a prisão ilegal ou;”

fazer valer o que alguns autores entendem como direito subjetivo do Estado de punir³¹, mostra-se fundamental - também por isso - a escuta sensível e atenta do magistrado, buscando a extração de informações que configurem como resultado a aferição de legalidade ou não da prisão realizada, a partir da análise das circunstâncias fáticas de sua ocorrência.

Visando a realização desse exame, o diploma legal traz uma ordem de apreciação e análise para, primeiramente identificar a ocorrência de algum tipo de maus tratos ou tortura e, caso seja o caso, proceder com a devida apuração e posterior punição dos envolvidos no atentado aos direitos humanos da pessoa custodiada que sofreu tal tratamento. Assim, respeita-se um deve-se observar um rito que tem seu início da audiência de custódia, com a oitiva do custodiado e encontra seu desfecho na punição dos agentes responsáveis pela violação nos termos da lei, caso esta tenha ocorrido.

Assim, na própria Audiência de Apresentação, caso seja relatada algum tipo de violência ou percebido indícios que esta tenha se verificado, deve-se passar ao registro e análise fática do evento mediante exame de corpo de delito, que pode ter sua realização solicitada pela Autoridade Presidente ou, subsidiariamente, pelo representante do Ministério Público presente no ato, conforme prescrito³² na Resolução N° 221 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A referida etapa possui muitíssima relevância para a fase seguinte da persecução de uma punição ao agente público que perpetrar eventual legalidade, qual seja, o encaminhamento dos documentos para realização de apuração dos fatos relatados e que constituam qualquer tipo de tratamento cruel ou degradante direcionado ao custodiado.

³¹ Na ótica de Rogério Lauria Tucci, ação é a “atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato (em linha de princípio, até porque, com ela, se concretiza), autônomo, público, genérico e subjetivo, qual seja o direito à jurisdição” (Teoria do direito processual penal, p. 79)

³² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n° 221, de 11 de novembro de 2020. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público na audiência de custódia, incorpora as providências de investigação referentes ao Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/novembro/ED.208.11.11.2020-16-22.pdf>>

Tanto é verdade que no voto³³ que pautou a referida Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público acerca da obrigatoriedade de participação do órgão na Audiência de Custódia, o relator Otavio Luiz Rodrigues Jr. esclarece:

“É essencial que o membro do Ministério Público com atribuição para a audiência de custódia, em face de elementos que justifiquem investigação da prática de tortura ou de maus-tratos, requisite a instauração de inquérito ou determine a abertura de procedimento de investigação criminal.” (grifo nosso)

Em consonância com o exposto, vem o artigo 4º da Resolução determinar:

“Art. 4º Após a inquirição pelo juiz, o membro do Ministério Público deverá formular, suplementarmente, questionamentos que se dirijam ao esclarecimento das circunstâncias da prisão, da realização do exame de corpo de delito e de eventual notícia de maus-tratos ou de tortura sofridos pela pessoa presa.

(...)

§ 3º Havendo notícia de maus-tratos ou de tortura sofridos pela pessoa presa, os questionamentos do Ministério Público deverão se dirigir à descrição dos fatos e suas circunstâncias, à identificação e qualificação dos autores das agressões, bem como de eventuais circunstâncias, à identificação e qualificação dos autores das agressões, bem como de eventuais testemunhas, da forma mais completa possível, respeitando-se a vontade da vítima, observando-se a efetiva compreensão dos termos **utilizados e em atenção às ações e providências descritas no Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU),** conforme as diretrizes do Anexo a esta Resolução.”

A título de dar a disposição legal o tom de realidade prática, importante já nessa fase frisar que no Brasil, a realização do exame de corpo de delito após a efetivação da prisão ainda possui aplicabilidade longe da satisfatória. Tal dado é extraído de uma pesquisa realizada pelo CNJ em que foi relatado que, dentro casos amostra de 150.965 pessoas presas, em 57,2% dos casos válidos não havia laudo de corpo de delito disponível no momento de análise da prisão

³³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Processo N°: 1.00709/2019-96. PROPOSIÇÃO. PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INCORPORAÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO REFERENTES AO PROTOCOLO DE ISTAMBUL, DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). APROVAÇÃO NA FORMA DE SUBSTITUTIVO. PROPONENTE: Conselheiro Dermeval Farias Gomes Filho. RELATOR: Conselheiro Otavio Luiz Rodrigues Jr. Data de Julgamento: 13.10.2020. p. 32. Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/outubro/ITEM_9 - VOTO. PROP_709-2019-96_1.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/outubro/ITEM_9_-_VOTO_PROP_709-2019-96_1.pdf)>.

em flagrante, contra 42,8% dos casos em que o documento estava anexado aos autos quando da análise pela autoridade judicial³⁴. Assim, a dificuldade já se mostra desde este momento vestibular.

Já sobre o momento pós oitiva do vítima de maus tratos, a fim de iniciar a apuração dos fatos relatadas, determina-se³⁵:

“Art. 6º Diante dos relatos produzidos na audiência de custódia, o membro do Ministério Público com atribuição para o ato deverá, imediatamente, requisitar a instauração de investigação dos fatos noticiados ou determinar a abertura de procedimento de investigação criminal, sem prejuízo da atribuição do membro do Ministério Público com atuação perante o juízo competente para eventual e futura ação penal”.

Importantíssimo reforçar que esse encaminhamento para apuração e eventual aplicação de sanção representa um dever, e não uma mera faculdade, frente ao direito fundamental subjetivo do custodiado que foi violado. Nesse exato sentido, e confirmando essa posição de obrigatoriedade, manifesta-se o teor do Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para Audiência de Custódia³⁶.

“Trata-se de potencial crime de ação penal pública incondicionada e, portanto, independe de representação. A Resolução CNJ nº 213/2015 trata de vontade e consentimento apenas para a coleta de informações (art. 11, § 2º, Protocolo II, item 4, VI) e registro fotográfico ou audiovisual de lesões (art. 11, § 3º), não abarcando o encaminhamento para apuração. De todo modo, ao realizar os encaminhamentos para apuração, a autoridade judicial deverá levar em conta os riscos que isso impõe à segurança da pessoa custodiada, sua família, testemunhas e eventuais terceiros, aplicando concomitantemente as medidas protetivas que se fizerem oportunas,

³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Dados gerais sobre a prisão em flagrante durante a pandemia de Covid-19, 2021, p. 37. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/caderno1-dadosgerais-prisao-flagrante-durante-pandemia-covid-19.pdf>>).

³⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 221, de 11 de novembro de 2020. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público na audiência de custódia, incorpora as providências de investigação referentes ao Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/novembro/ED.208.11.11.2020-16-22.pdf>>

³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime ; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2020., p. 140

conforme explorado em seção específica deste Manual. Previsão também presente no art. 11, caput e § 1º, e no Protocolo II, item 6 (Providências em caso de apuração de indícios de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes) da Resolução CNJ nº 213/2015.”

Nessa sequência, feito o relato de tratamento cruel ou degradante pelo custodiado, a denúncia deve ser encaminhada, seja pelo próprio juiz presidente da Audiência de Custódia, seja pelo Promotor de Justiça presente no ato, para apuração pelas autoridades competentes.

Neste âmbito ganha espaço o artigo 8, da já citada Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura que, ao regular o tratamento da denúncia de maus tratos, versa:

“ARTIGO 8

Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial.

Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal.”

No que concerne à imposição do dever estatal de garantir, tanto pela prevenção, quanto pela investigação de eventuais ocorrências discordantes com a vedação legal a torturas e maus tratos, a honrável Corte Interamericana de Direitos Humanos ganha protagonismo. No caso *Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*³⁷, essa responsabilidade do Estado restou bem marcada, conforme o excerto abaixo destacado:

“Especificamente a respeito da obrigação de garantir o direito reconhecido no artigo 5 da Convenção Americana, a Corte salientou que essa obrigação implica o dever do Estado de investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

(...)

³⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Miguel Castro Castro Vs. Peru. Sentença de 25 de novembro de 2006. (Mérito, Reparações e Custas) P. 182. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>>

A obrigação de investigar também se vê reforçada pelo disposto nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, segundo os quais o Estado está obrigado a “tomar[...] medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”, bem como para “prevenir e punir [...] outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”. De acordo com o disposto no artigo 8 desta Convenção quando haja denúncia ou razão fundada para supor que se tenha cometido um ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que as autoridades procedam, de ofício e imediatamente, à realização de uma investigação sobre o caso e à instauração do respectivo processo penal, quando seja pertinente. No mesmo sentido, o Tribunal salientou anteriormente que: à luz da obrigação geral de garantir a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos humanos consagrados na Convenção, estabelecida no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em conjunto com o direito à integridade pessoal conforme o artigo 5 (Direito à Integridade Pessoal) desse Tratado, existe a obrigação estatal de iniciar de ofício e imediatamente uma investigação efetiva que permita identificar, julgar e punir os responsáveis, quando exista denúncia ou razão fundamentada para crer que se cometeu um ato de tortura;

(...)

Definitivamente, o dever de investigar constitui uma obrigação estatal imperativa que emana do Direito Internacional e que não se pode descartar ou condicionar por atos ou disposições normativas internas de nenhuma natureza. Como já salientou este Tribunal, em casos de violações graves de direitos fundamentais, a necessidade imperiosa de evitar a repetição desses fatos depende, em grande medida, de que se evite sua impunidade e de que se atenda ao direito das vítimas e do conjunto da sociedade de ter acesso ao conhecimento da verdade sobre o ocorrido. A obrigação de investigar constitui um meio para garantir esses direitos, e seu descumprimento acarreta a responsabilidade internacional do Estado.”

Ocorre que, quando olhamos para o contexto de aplicação do direito interno, encontramos a marcante dicotomia do ser e do dever ser ilustrada por Hans Kelsen³⁸. Isso porque muitas vezes a realidade mostra que a negligência dos magistrados para com os casos de tratamentos degradantes e marcante, fazendo com que a pessoa a quem foi oposta a ilegalidade por meio de agentes do próprio Estado não vejam seu direito tutelado, mas pelo contrário, tornem-se invisibilizados, assistindo a impunidade sistêmica de maneira veemente e despreocupada por quem viola direitos e garantias fundamentais.

Tal realidade foi comentada no Relatório Nacional "O fim da Liberdade", produzido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)³⁹, que ao registrar inúmeros eventos de

³⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Relatório Nacional: O fim da liberdade. 2019. p. 77). Disponível em: < https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf>

descaso com esse encaminhamento para apuração de violações patentes a direitos humanos por agentes públicos, aduziu:

“O não engajamento das autoridades para o acolhimento das denúncias e tomada de providência é preocupante. Não é incomum ser dada pouca ou nenhuma credibilidade às pessoas custodiadas. Algumas vezes foi possível notar que os próprios operadores não levavam os relatos a sério pelo fato de muitos/as custodiados/as não serem capazes de reconhecer os/as agentes que teriam cometido as agressões.” (Grifo meu)

Portanto, resta cristalino que a impunidade observada em muitos dos casos de maus tratos e torturas praticadas no ato da prisão passa por toda uma estrutura que protege e legitima, de maneira mais ou menos explícita, esse tipo de comportamento, representando uma verdadeira mancha ao conteúdo constitucional e garantias mais basilares para a dignidade da pessoa humana.

2.3.3. Audiência de Custódia como meio de refrear o superencarceramento:

Como já pontuado alhures, o número de pessoas encarceradas no Brasil alcança a assustadora marca de 905.063 pessoas privadas de liberdade⁴⁰. Este alarmante dado, além de levar a questionar a eficácia das medidas de aprisionamento em massa, traz também a realidade de absoluta carência de recursos para a promoção de uma vida digna para as pessoas solapadas pelo Estado em sua expressão mais forte e devastadora. Nesse sentido, inegável a necessidade de pensar soluções que sirvam para melhorar, de alguma forma, a atual situação de superencarceramento no país.

O contexto numérico, com tamanha quantidade de pessoas sob o total jugo do Estado, tendo sua liberdade caçada, conjugado com a falta de recursos financeiros e a deficiente vontade

⁴⁰ Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça, 2022.. Disponível em: < <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> > Acesso em: 4 de nov de 2022.

política no tratamento da questão carcerária levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer, na ADPF 347, o que já podia ser observado em experiências pessoais na esmagadora maioria dos estabelecimentos prisionais espalhados pelo território nacional, o Estado de Coisas Inconstitucional.

O quadro pintado é tão lamentável quanto é real. O que o Ministro Marco Aurélio Mello descreve⁴¹ é, em verdade, o que já é sabido por muitos, e que segue sendo uma realidade até os tempos hodiernos, sem perspectivas de mudanças rápidas. Entretanto, dada a dimensão do problema enfrentado, não há possibilidade dos Poderes Estatais manterem-se inertes, sendo imprescindível a criação e aplicação de medida que ao menos apaziguem essa infeliz situação.

Assim, surge na Audiência de Custódia a sua função, extensiva às demais, de refrear o assustador quadro brasileiro de superencarceramento, buscando o arrefecimento dessa sede punitiva estatal através de ações que controlem a imposição dessa medida que, ao menos deveria ser de aplicação excepcional. Sobre isso corrobora Carlos Masi⁴², Vice-presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas no Estado do Rio Grande do Sul (ABRACRIM-RS) que, em exposição acerca da Resolução no CNJ que trouxe a obrigatoriedade de realização da Audiência de Apresentação aponta:

“Com a implantação da prática, haverá um potencial auxílio na redução do alto índice de presos provisórios no país, que é de 42% da população carcerária, segundo recentes dados do CNJ, amenizando a superpopulação carcerária e o déficit de vagas, de modo a propiciar melhorias nas condições de cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais, aliadas a redução de custos.”

⁴¹ Em seu voto, o Relator Ministro Marco Aurélio Mello atesta: “A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Julgado em: 09/09/2015. p.9. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/02/ADPF-347-Inteiro-Teor.pdf>> Acesso em 5 de out de 2022)

⁴² MASI, C. V. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 83.

Nesse sentido, a Audiência de Custódia, dentre outros papéis abordados alhures, possui essa função de racionalizar o uso da restrição de liberdade como meio punitivo do Estado, o que em regra já possui grande importância, mas, dentro do panorama desenhado e reconhecido, ganha relevância estratosférica para o enfrentamento da situação. Dessa mesma forma posicionou-se o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), ao elaborar Relatório acerca da efetividade das Audiências de Custódia, em que pontua, de maneira concisa e acertada sobre o referido instituto:

“Desde a sua concepção, intensos debates têm sido travados ao redor da potencialidade das audiências de custódia para impactar no encarceramento em massa na medida em que, na justificativa do CNJ, foram concebidas como instrumento para mitigar o uso abusivo da prisão preventiva no país. Naquela ocasião e ainda hoje, este foi um sentido político criminal – acertado face o alto número de presos/as provisórios/ as no país - dado a este instrumento que, no entanto, tem como finalidade básica a apresentação da pessoa presa ao/à juiz/a, garantia fundamental que nasce como óbice ao desaparecimento forçado ou às prisões arbitrárias que são comuns em regimes não democráticos”⁴³

Diante do exposto, pode-se aferir que a Audiência de Custódia, além das finalidades expressamente dispostas no texto legal concernente, tem como uma de suas tenções implícitas refrear, a partir da sua instituição, a situação de hiper encarceramento e superlotação observada nos estabelecimentos prisionais pátrios.⁴⁴

2.4. Jurisprudências relevantes acerca do tema:

⁴³ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Relatório Nacional: O fim da liberdade. 2019. p. 77) . Disponível em: < https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf> Acesso em: 18 de ago de 2022. P. 85

⁴⁴ “1) coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos, verificando-se o respeito aos direitos e garantias individuais do preso; 2) conferir ao juiz das garantias, no caso da prisão em flagrante, uma ferramenta eficaz para fins de convalidação judicial, e dizer, para ter mais subsídios quando a medida a ser adotada – de relaxamento da prisão, com (ou sem) imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 210, I,II e III), sem prejuízo da possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP. Indiretamente, a sua realização também visa a diminuição da superpopulação carcerária.” (Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: Volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8 ed. rev. Ampl. Atual. – Salvador. Ed. JusPovidim, 2020. P. 1.018)

Passada a análise dos aspectos legais e entendimentos doutrinários acerca da Audiência de Custódia, imperioso voltar-se para a aplicação do instituto na prática processual penal, buscando entender sua aplicação na esfera prático processual. Para tal, faz-se necessário entender em que medida o direito garantido pela Resolução 213/15 do CNJ e pelo art. 310 do Código de Processo Penal vêm sendo de fato observado, bem como posições importantes exaradas pela jurisprudência brasileira sobre o ato pré-processual em apreço.

Ao analisar a própria *ratio existendi* do instituto em estudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em decisão proferida no caso Tibi v. Equador (2004)⁴⁵ resumiu com extrema clareza a essência da Audiência de Custódia, frisando a sua efetivação pelos países nos seguintes termos:

" 114. El artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona sea sometida sin demora a revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia"

Também testificando as funções e importância do instituto, a mesma Corte Internacional aponta, já no caso Bayarri vs. Argentina:

“Apresentação sem demora perante o juiz competente e efetividade do controle judicial 63. O artigo 7.5 da Convenção dispõe, em sua parte inicial, que a detenção de uma pessoa deve ser submetida sem demora a revisão judicial. A Corte determinou que o controle judicial sem demora é uma medida destinada a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, levando em conta que em um Estado de Direito cabe àquele que julga garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira consequente com a presunção de inocência.

(...)

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tibi. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Judgment of September 07, 2004 P. 63. Disponível em: <
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle frente a detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve realizar-se sem demora e de forma tal que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, levando em conta sua especial vulnerabilidade. Como já se disse, o juiz é o garante dos direitos de toda pessoa sob a custódia do Estado, motivo pelo qual cabe a ele a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias e garantir um tratamento em conformidade com o princípio de presunção de inocência.”⁴⁶

Na mesma linha, mas agora em âmbito da jurisprudência pátria, necessário atentar-se para a decisão exarada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em que mais uma vez foi remarcada a relevância do instituto, inclusive como direito que não pode ser sujeito à supressão, dada a tamanha importância e fundamentalidade, *in verbis*:

“A audiência de custódia (ou de apresentação) constitui direito público subjetivo de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu, já incorporadas ao direito positivo interno (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Traduz prerrogativa não suprimível assegurada a qualquer pessoa. Sua imprescindibilidade tem o beneplácito do magistério jurisprudencial (ADPF 347 MC) e do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução 213/2015 do CNJ)”.⁴⁷

Diante desse status de um direito que não pode ficar sujeito a supressão, deve-se fazer a análise de o quanto esse racional e respeitado pelos magistrados quando do exercício da sua jurisdição. Isso porque o empirismo mostra que a conquista de direitos e garantias não é estática, devendo ser constantemente vigiada, a fim de verificar a sua real efetividade e aplicação nos casos concretos, socorrendo aqueles que precisam de sua guarda.

Nesse contexto, ao voltarmos-nos para decisões judiciais proferidas após a positivação do direito da pessoa presa a ser conduzida sem demora ao juiz competente, nos defrontamos com o infeliz, porém real panorama de que, mesmo após anos de existência garantida por

⁴⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Bayarru VS. Argentina. Sentença de 30 de outubro de 2008 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). P. 298. Disponível em: < <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/libros/todos/docs/por3.pdf>>

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 06/10/2020. Informativo 994. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2020/12/a-audiencia-de-custodia-constitui.html>>

diversos diplomas legais do direito pátrio e das Gentes, determinados agentes do direito ainda insistem em relativizar ou criar subterfúgios que diminuam o papel da Audiência de Custódia.

Em combate a tal posição de resistência a realização do direito em apreço, o Ministro Celso de Mello, integrante da Corte Suprema, exarou pronunciamento decisivamente importante, apesar de ainda encontrar enorme resistência por muitos dos membros do judiciário, a saber:

“A ausência da realização da audiência de custódia qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o conseqüente relaxamento da privação cautelar da liberdade.
Se o magistrado deixar de realizar a audiência de custódia e não apresentar uma motivação idônea para essa conduta, ele estará sujeito à tríplex responsabilidade, nos termos do art. 310, § 3º do CPP.”⁴⁸

O comportamento de inobservância ao direito do preso ora estudado também restou brilhantemente rechaçado pelo Desembargador Luiz Noronha Gomes, da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de julgamento do Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000 Nesse, o desembargador, resistindo veementemente à linha argumentativa do juízo de piso que decidiu pela inexistência de ilegalidade quando da não apresentação do preso à Audiência de Custódia, razão pela qual posicionou-se no seguinte sentido:

“(…) o descumprimento de um primado afeto à garantia dos direitos humanos, contido em acordo internacional e cujo teor foi ratificado pelo Brasil, repise-se, ostenta hierarquia equivalente àquela concernente aos princípios constitucionais, parecendo incabível ingenuidade crer-se que o seu descumprimento restará impune e sem gerar conseqüências processuais imediatas.

(…)

Assim **e diante da mais do que flagrante ilegalidade advinda da opção de ignorar e de negar a validade e necessidade da realização da Audiência de Custódia, DEFIRO a liminar pretendida e determino a expedição de Alvarás de Soltura** condicionado em favor do Paciente, UESLEI HERCULANO AZEVEDO. Deixo de impor aos mesmos o cumprimento das cautelares alternativas à prisional, em face da ilegalidade ora sanada na medida segregacional.”⁴⁹ (grifo meu)

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (6ª Câmara Criminal). Habeas Corpus nº 0064910-46.2014.8.19.0000. RIRel. Des. Luiz Noronha Dantas. p.06

Em outra situação analisada em recentíssimo *decisium* do Supremo Tribunal Federal, em que também foi ignorada a obrigatoriedade de realização de Audiência de Custódia pelo juízo de piso, agora pelo argumento de que a própria Audiência de Instrução e Julgamento já teria suprido a sua necessidade, o Ministro Gilmar Mendes, assim se posicionou:

“Nesse sentido, embora compreenda as premissas adotadas, **não compartilho com a tese de que a “superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia”**”. Assim, dirijo por dois motivos que me parecem relevantes: 1) **tais audiências possuem finalidades distintas e não podem ser confundidas**; 2) **tal posição fundaria por esvaziar a necessidade de um cumprimento efetivo do direito fundamental do preso e, implicitamente, poderia transmitir mensagem inadequada aos operadores do sistema criminal, no sentido de sua dispensabilidade.**”⁵⁰

Diante disso, formulou-se o informativo 1.036 do STF, mais uma vez elevando a Audiência de Custódia a um status de proteção devido e a posição deste direito como insuscetível de ser suprimido no sentido de que a superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento não torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia.⁵¹

O posicionamento extraído do Informativo mencionado faz nada menos que concordar com o ponto levantado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, vez que se justifica justamente preservar a função que cada uma das audiências, sejam realizadas no momento pré-processual – a exemplo da audiência de custódia – seja no momento processual – tratando-se da audiência de instrução e julgamento – possuem no contexto processual penal. Tendo isso em vista, nem do ponto de vista da proteção de direitos fundamentais e nem da própria lógica faria sentido permitir que a realização de uma permitisse relevar a inexistência da outra.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). HC 202700. Rel. Min. Nunes Marques. Data de Julgamento: 26.10.2021. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349712696&ext=.pdf> >

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal Informativo: 1036/2021, p. 18.

Derradeiramente, de fundamental importância para o entendimento da abrangência do direito a Audiência de Apresentação a análise mais detida da Reclamação 29.303/RJ, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal e julgada em 15.12.2020. No *decisum* em questão, restou estabelecido um importante paradigma, qual seja, a necessidade da realização de Audiência de Custódia em todas as modalidades de prisão, seja ela em flagrante (como já positivado desde o princípio), seja de natureza preventiva, provisória, ou na chamada prisão pena, ou seja, definitiva. É o que se demonstra no excerto abaixo:

“3. Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica do pedido e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, defiro o presente pedido de extensão, ad referendum do E. Plenário, para determinar ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais integrantes da Justiça eleitoral, militar e trabalhista, bem assim a todos os juízos a eles vinculados que realizem, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas.”⁵²

O entendimento em apreço mostra-se integralmente alinhado com o Parecer⁵³ exarado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que atuou como *amicus curiae* em Reclamação Constitucional de nº 29.303/RJ que discutiu o tema. Nessa ocasião, o Instituto foi instado a interpretar justamente a abrangência do direito garantido pelos diplomas internacionais que promovem a prerrogativa da pessoa presa de ser conduzida a presença de um juiz ou autoridade judicial competente em curto tempo após a restrição de sua liberdade. Sobre esta questão, pontuou-se, de maneira inteiramente acertada, o seguinte entendimento:

“Se esses compromissos internacionais de direitos humanos fazem parte do nosso ordenamento jurídico – e eles fazem – seja com natureza materialmente constitucional, seja com natureza supralegal, não é possível que se restrinja um direito humano que compõe a nossa ordem jurídica sob o argumento de que apenas uma única espécie de prisão (a prisão em flagrante) deve ser submetida à audiência de custódia.

Pelo exposto até aqui, é possível concluir que a amplitude redacional do artigo 7.5 da CADH (“toda pessoa presa, detida ou retida”), somada a sua melhor interpretação

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional 29.303/RJ -AgR-Extm- Terceira/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 17.12.2020.

⁵³ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Parecer em Reclamação Constitucional 29.303/RJ. São Paulo. 04 de dezembro de 2019. BRASIL. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-09-12-2020-14-21-43-22240.pdf>>

(conforme ampla doutrina citada acima) e aos precedentes da Corte IDH, impõem a realização da audiência de custódia em toda e qualquer modalidade prisional.”

Nesse sentido, importante ressaltar que, no contexto hodierno, e depois do levantamento da polêmica acerca da realização da audiência de custódia apenas nos casos de prisão em flagrante, ou abrangendo também as demais espécies de prisão, a celeuma foi resolvida nesse importante pronunciamento da Corte Suprema, reforçando mais uma vez a importância desse instituto e sedimentando o entendimento de que o aludido ato pré-processual deve se espraiar para todas as modalidades de prisão.

Como se pode ver, apesar de ter havido considerável evolução quanto ao reconhecimento do direito de realização do ato pré-processual em questão, inclusive por força de lei, mediante o art. 310, parágrafo 4º - com eficácia suspensa por decisão liminar⁵⁴- ainda não há que se falar em uma inexistência de resistência a ele, devendo tal garantia ser sempre vigiada pelos órgãos do Poder Judiciário, a fim de reforça-la em sua máxima aplicabilidade.

3. CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A VIRTUALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

A utilização da tecnologia dentro da dinâmica processual vem sendo empregada a partir de inovações que, surgindo de forma cada vez mais rápida, trazem novas soluções, instrumentos e óticas para a forma com que realizamos diversas tarefas e rotinas do dia-a-dia. Como não poderia deixar de ser, a pandemia do Vírus Covid-19, com a imposição de todas as dificuldades decorrentes do necessária distanciamento social inflamou essa discussão, vez que provocou, de maneira não voluntária a modificação de práxis ao redor do globo de maneira repentina, mostrando a necessidade da introdução de soluções contemporâneas para uma série de âmbitos, inclusive a forma pela qual a marcha processual se desenrola.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, ADI 6299/DF MC, relator Ministro Luiz Fux, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 3 de fevereiro de 2020.

Nesse contexto, ao avaliarmos a ampliação do uso de meios remotos pelo Poder Judiciário através da utilização da tecnologia em atos processuais e aqueles que cercam o trâmite do processo judicial, deve-se ter apego a um olhar científico. Nesse sentido, é preciso ponderar e ter a devida cautela ao comparar a possibilidade de realização de procedimentos mais ou menos sensíveis à própria presença física dos envolvidos, buscando preservar a sua essência. Essa diligência, levando em conta as peculiaridades de cada ato deve ser efetuada não almejando afastar eventuais inovações de maneira cega, pendendo-se ao status quo que sempre existiu com um saudosismo que obsta evoluções necessárias, mas sim como uma forma de preservar as singularidades afetas a alguns eventos processuais e pré-processuais, especialmente aqueles que podem ocasionar efeitos avassaladores para os implicados, sendo o melhor exemplo para tal, os atos realizados no desenrolar do Processo Penal.

Assim, deve o aplicador e o criador do direito, ao mesmo tempo em que atento às mudanças possivelmente benéficas para os procedimentos e, em maior escala, para o próprio processo, ter cautela ao aplicá-las, voltando os olhos a todo momento aos direitos e garantias já tutelados pelos diplomas legais, e a duras penas consolidados dentro do sistema judiciário brasileiro. Por esta razão, importantíssimo entender e sopesar os eventuais riscos decorrentes das inovações tecnológicas, observadas com cada vez mais frequência no contexto hodierno.

Nesse mesmo sentido, e entendendo a necessidade de especial cautela quando falamos da realização dos procedimentos inseridos no âmbito do Processo Penal, tem-se a guarida das palavras do notável Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

"a exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das persecuções penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu"⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - 2ª Turma. Habeas Corpus n. 98382 , Relator(a): CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/06/2009.

Partindo-se desse pressuposto, o presente ensaio dedicar-se-á ao olhar atento para as duas perspectivas, tanto negativa quanto positiva do alargamento do uso da tecnologia no âmbito do processo penal. Assim, primeiramente serão abordadas as vantagens trazidas pela virtualização, sob uma lente realista e especialmente levando em conta características observadas no contexto atual, no qual se inserem os atos processuais. Passada essa análise, serão expostos e examinados os óbices – intransponíveis ou não – que esse aumento do uso de instrumentos tecnológicos *traz a lume*, visando, ao final, estabelecer uma comparação entre os dois prismas, sempre tendo como norteador a preservação das garantias já positivadas no ordenamento penal, processual penal e constitucional.

3.1. Uma análise cronológica da permissividade do CNJ quanto à virtualização dos atos e procedimentos judiciais:

Não há que se olvidar que a pandemia do Covid-19 impôs árduos desafios para os cidadãos brasileiros e as instituições que os regem, de sorte que, para enfrentar e ultrapassar tais óbices, fundamental o papel de órgãos que estabelecessem diretrizes seguras que, ao mesmo tempo em que voltassem os olhos para as questões sanitárias e os cuidados necessários para tratá-la, não deixassem de tutelar direitos há muito consolidados, garantindo a continuidade destes e, por consequência, a salvaguarda de quem deles dependiam.

É justamente esse o papel que o Conselho Nacional de Justiça exerceu, colocando em prática sua função precípua de aperfeiçoamento do aparato judiciário brasileiro. Para tal, o CNJ tomou a frente na regulamentação, e ainda mais importante, na uniformização do tratamento de questões importantes relativas à forma de funcionamento do judiciário nesse novo cenário. Tal regulamentação foi feita principalmente por Resoluções editadas pelo órgão, que tratavam, de acordo com a necessidade imposta, a remodelação do aparato judicial.

Inaugurando o cumprimento dessa incumbência, o CNJ editou, já no início do contexto pandêmico, a Resolução 313 de 19 de março de 2020⁵⁶, que estabelecia um regime de plantões a fim de manter o funcionamento do judiciário de maneira mais segura para os seus operadores diretos. Nessa sequência, foram editadas as Resoluções 314⁵⁷ e 318⁵⁸ que tratavam da suspensão de prazos processuais em razão da situação de emergência, também visando cobrir a situação emergencial de maneira a não sobrecarregar os servidores nem tampouco os jurisdicionados.

Nessa linha, e já tratando especificamente das novas formas de manutenção do funcionamento do aparato judicial no que tange a realização das Audiências, o CNJ editou importantes Resoluções, dentre as quais merece destaque a 329/2020⁵⁹ que cuidou de remodelar as formas de efetivação destes atos, agora já com a autorização de realização por videoconferência ou tele presencialmente, conforme excerto extraído da Resolução 329 de 30 de julho de 2020 abaixo:

“Art. 2º Será permitida a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência pela plataforma digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça ou ferramenta similar, conforme previsão expressa contida no art. 6º, § 2º, da Resolução CNJ nº 314/2020.

Art. 3º A realização de audiências por meio de videoconferência em processos criminais e de execução penal é medida voltada à continuidade da prestação jurisdicional, condicionada à decisão fundamentada do magistrado”

Importante frisar que, além da referida permissão, o instrumento normativo em questão também se preocupou em estabelecer diretrizes mínimas, por exemplo a necessidade de observância dos princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal e a garantia do direito das partes, buscando o seu não desamparo. Tal regramento foi dado, ainda, por outras

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 313 de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários,

⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 314 de 20 de abril de 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução no 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências.

⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 318 de 17 de maio de 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções no 313, de 19 de março de 2020, e no 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 329 de 30 de julho de 2020. 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 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19.

resoluções elaboradas na sequência que vinham com o objetivo de complementar os principais regramentos já conferidos e acima destacados.

Diante desse contexto, pode-se dizer que apesar de todas os percalços decorrentes da pandemia do Covid-19, o Poder Judiciário, assim como os demais ramos da sociedade civil foram recuperando sua normalidade de funcionamento, tornando possível o retorno ao *status quo ante* pandêmico que gerou tamanhas incertezas e inseguranças. No sentido de reafirmar a superação desse quadro, e tratar as medidas de retomada à regularidade, o mesmo Conselho Nacional de Justiça foi instado a se manifestar em Procedimento de Controle Administrativo de nº 0002260-11.2022.2.00.0000 que, em seu bojo, discutiu o conteúdo e cabimento da continuidade da vigência de todos os instrumentos normativos mencionados alhures.

Nessa oportunidade, o CNJ analisou, em recentíssima decisão datada de 8 de novembro de 2022 em , a posição sobre as Resoluções editadas para regular o funcionamento do Poder Judiciário no contexto de pandemia do coronavírus. Na ocasião, versou:

“Durante a pandemia do coronavírus, este Conselho editou diversos atos normativos que desempenharam papel primordial na proteção da saúde física e mental dos integrantes do sistema de justiça e de seus jurisdicionados. Felizmente, ainda que depois de muitos percalços, **o Brasil ultrapassou a fase crítica dos anos pandêmicos e, em abril de 2022, foi finalmente revogado o Decreto Federal nº 06/2020, que reconhecia a ocorrência do estado de calamidade pública. Inobstante, os atos normativos editados de forma excepcional por este Conselho permanecem hígidos, ensejando inúmeras interpretações díspares que prejudicam severamente a vida do jurisdicionado brasileiro.** Refiro-me às seguintes Resoluções: 1. Resolução Nº 313/2020 - Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. 2. Resolução Nº 314/2020 - Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências 3. Resolução Nº 318/2020 - Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313, de 19 de março de 2020, e nº 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. 4. Resolução Nº 322/2020 - Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e dá outras providências. 5. Resolução Nº 329/2020 - 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 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. 6. Resolução Nº 330/2020 -

Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos de apuração de atos infracionais e de execução de medidas socioeducativas, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. 7. Resolução Nº 357 de 26/11/2020 - Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.”⁶⁰

Na continuidade dessa análise quanto à pertinência desses instrumentos no contexto atual, já superado o cenário de calamidade pública, firmou seu entendimento no seguinte sentido:

“5. Ao magistrado compete presidir as audiências, mas não tem a prerrogativa de definir, por questões particulares, o modo de sua realização, em especial se as partes refutam o modelo virtual. 6. Como regra, as audiências devem ser realizadas de forma presencial, com a presença do juiz e das partes na unidade jurisdicional. Já as audiências telepresenciais ocorrem com a presença do magistrado na unidade judicial, embora algum dos participantes não esteja, ou mesmo algum ato deva ser realizado virtualmente. Por outro lado, o trabalho remoto faculta ao magistrado, desde que atendidas condições fixadas nesta decisão, a realização de suas atividades a partir de outro ambiente - fora da unidade jurisdicional -, inclusive realizar audiências virtuais, desde que vinculadas ao Juízo 100% digital ou aos Núcleos de Justiça 4.0.

(...)

7. A presença física do magistrado na unidade jurisdicional é dever decorrente do múnus público que lhe foi atribuído, da necessidade de gerir a unidade em seus aspectos judiciário, administrativo, patrimonial e pessoal, além de cumprir o dever de estar disponível fisicamente ao jurisdicionado que dele necessitar.

(...)

9. Ressalvada a autonomia dos Tribunais para regulamentar as situações particulares relativas a: a) Concessão de autorização para os juízes residirem fora da Comarca "desde que não causem prejuízo à efetiva prestação jurisdicional (art. 2º da Resolução CNJ nº 37/2007, que dispõe sobre a obrigatoriedade de os Tribunais regulamentarem os casos excepcionais de Juízes residirem fora das respectivas comarcas);

b) Regulamentação, pelos Tribunais, do trabalho remoto de magistrados e servidores, desde de que:

b.i) garantida a presença do juiz na comarca; b.ii) o magistrado compareça à unidade jurisdicional em pelo menos 3 dias úteis na semana; b.iii) haja publicação prévia da escala de comparecimento presencial do juiz na comarca, devidamente autorizada pela Presidência e/ou Corregedoria do Tribunal;

b.iv) as audiências realizadas sejam relativas ao Juízo 100% digital ou aos Núcleos de Justiça 4.0;

b.v) garantido o atendimento virtual de advogados, defensores e promotores, quando solicitado; b.vi) a produtividade seja igual ou superior à do trabalho presencial;

b.vii) haja prazos razoáveis para realização das audiências.

10. Revogação integral das Resoluções CNJ nºs 313/2020, 314/2020, 318/2020, 322/2020, 329/2020 e 330/2020. " (grifo meu)

⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de Controle Administrativo 0002260-11.2022.2.00.0000 - 359ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 08/11/2022.

Diante do excerto extraído da decisão do Conselho, fica claro que, apesar a sua relevância, especialmente no que concerne à revogação das Resoluções citadas que, em verdade, só encontravam cabimento dentro do contexto emergencial de pandemia, ela também confere grande autonomia aos Tribunais de cada comarca. Nada obstante tal concessão esteja pautada em lei, que permite certa medida de independência e autoadministração, não se pode deixar de notar que ela pode se mostrar arriscada, vez que permite grande assimetria entre as comarcas, bem como abre espaço para a continuidade da realização de audiências sem a presença física dos seus personagens, de modo a ferir, em última instância, direitos e interesses do custodiado para preservar certo comodismo do aparato judicial. Assim, vê-se a clara inversão de valores para a qual a decisão gera esteio.

Nessa esteira, apesar de importante para estabelecer, ao menos como regra geral, a volta ao *status quo* que protege as bases dos princípios do direito processual penal, em que o magistrado se põe a serviço integral da prestação da jurisdição da forma mais completa e satisfatória possível, o pronunciamento ainda permite grande medida de discricionariedade, ainda que pautada em certas bases mínimas. Tais parâmetros, também colacionados na decisão, vêm regular alguns poucos limites a serem observados pelos tribunais que mantiverem um regime de realização de audiências à distância mas, ao fim e ao cabo, essas condições ainda não alcançam tutela suficiente aos riscos impostos aos direitos e garantias do jurisdicionado submetido à um processo penal em modelo de experimentação virtual.

Passada a análise da cronologia concernente à possibilidade de realização de audiências sem a presença física dos seus principais personagens, bem como a explanação crítica sobre a recente posição do CNJ ao conferir grande liberdade para os Tribunais determinarem os casos de seu cabimento, segue-se, agora, ao estudo qualitativo dessa permissão de realização de atos judiciais, especialmente audiências de diferentes naturezas, utilizando-se da tecnologia da videoconferência, voltando-se a atenção para os pontos primeiramente positivos, e após, negativos trazidos pela autorização legal em apreço.

3.2. Vantagens decorrentes da virtualização:

O uso de instrumentos tecnológicos, tais como a videoconferência, traz consigo alguns questionamentos válidos, vez que buscam, em última instância, proteger direitos e garantias daqueles submetidos aos dessabores do Processo Penal. Nada obstante, não se pode deixar de notar que essa inovação também tem consequências potencialmente positivas para o Poder Judiciário, e a depender do ângulo observado, também para o acusado.

Ao debruçar-se sobre as perspectivas positivas dessas inovações, a criminologista inglesa Jenni Ward⁶¹ traz, de maneira resumida, os seguintes benefícios:

“The main arguments in favour of video link technology in courtroom proceedings are the time and cost savins (Ministry of Justice, 2011) since it speeds up the rate ar which cases progress through the system and removes some of the logical issues and discomfort that comes with transporting prisoners from police stations and prisons to courtrooms for remand and other hearings. It facilitates the giving of evidence from vulnerable or intimidated witness who might otherwise be put off through fear of coming into contact with the crime perpetrator at the courthouse.

(...)

It also argued video link facilities remove prisoner escape risks, which are a reality with prisoner transportation ” (grifo meu)

Diante desse panorama, e já tendo em mente tais conveniências apresentadas, o presente capítulo de preocupará, primeiramente, em abordar os aspectos positivos da maior utilização da tecnologia na realização de atos processuais e pré processuais. Para tal, serão encarados os três flancos reputados como principais motivações para a aderência dessa evolução tecnológica, quais sejam, o aumento da celeridade, a economia de recursos públicos e a promoção de segurança para aqueles envolvidos na realização dos atos judiciais, especialmente as audiências.

3.2.1. Conferência de maior celeridade dos atos processuais e pré-processuais:

⁶¹ BRIT. J. CRIMINOL. Ward, Jenni. Transforming Summary Justice Through Police-led procecution and virtual courts: Is Procedural Due Process Being Undermined? 2015. P. 351

Ao adentrarmos em um debate sobre os processos no âmbito do Poder Judiciário, sejam eles no âmbito penal ou não, uma das primeiras queixas levantadas é a morosidade encarada por quem precisa da máquina estatal, seja para buscar um direito subjetivo por meio do processo civil, seja para que o Estado exerça o monopólio do poder punitivo legítimo que possui, utilizando-se, para tal, do Direito Processual Penal.

Disso surge um grande e inegável trunfo decorrente da virtualização de ao menos alguns atos no âmbito processual, a praticidade e celeridade dela decorrentes. Por óbvio, a utilização da tecnologia pode auxiliar a tornar mais simples algumas das etapas cercadas de uma excessiva burocracia e/ou morosidade, o que acaba por tornar mais lento a marcha processual como um todo, sendo um obstáculo para o efetivo exercício da jurisdição e aplicação da lei penal. Exemplo claro de uma das facilidades decorrentes do uso das tecnologias e a própria virtualização do processo, regulado pela Lei 11.419/2006⁶² que, ao regular a informatização do processo judicial, permitiu a otimização no manuseio e andamento processual.

Já no que tange especificamente ao processo penal e a promoção da desburocratização e celeridade pelo uso de videoconferências para realização de atos processuais, especialmente audiências, Anne Bowen Poullin⁶³ afirma:

“Bringing the defendants to court from the detention center or taking the court to the detention center consumes time and resources. When court use videoconferencing instead, the realize multiple benefits. The proceedings can be held in the courthouse, which is open to public, without devoting resources to transportation and security. (...) The overall efficiency of the system is enhanced; more cases can be handle in the available amount of time with the available court personnel.”

⁶² BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

⁶³ VIDEOCONFERENCING TECHNOLOGY. Poullin, Anne Bowen. Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The remote Defendant, 2004, p. 1100.

Assim, fica atestado pela Autora o benefício dessa maior agilidade que a realização de atos por videoconferência possibilita, o que inegavelmente poderia vir a ser de auxílio para o quadro citado do judiciário brasileiro, que, como narrado alhures, encara como uma de suas principais críticas a demora na prestação jurisdicional. Nesse sentido, se aplicado com a devida cautela e restrito aos atos em que houver tanto cabimento quanto a atribuição da devida segurança jurídica aos direitos dos envolvidos, pode esse instrumento representar melhoras no contexto pátrio.

3.2.2. Economia de Recursos Públicos:

Além do argumento relativo a celeridade trazida pela maior inserção da tecnologia na realização dos atos processuais, há também um segundo ponto a ser reconhecido, a saber, a economia que pode ser observada quando da efetivação de alguns procedimentos de maneira remota. Isso porque alguns custos necessários quando pensamos em uma dinâmica que exige integralmente a presença física de todos os agentes processuais, incluindo o próprio custodiado e os atores judiciais como juízes, advogados e promotores, tais como uma audiência de instrução e julgamento ou a própria audiência de custódia impõe, naturalmente, gastos a serem arcados pela máquina pública, por exemplo, com o transporte do custodiado até o local de realização do ato.

Nessa toada, dentro de um contexto de "enxugar" os referido gastos, faz sentido que tal argumento tenha influência na análise das vantagens da virtualização de atos processuais e pré processuais. Há que se pontuar, ainda, que essa influência torna-se ainda mais forte em um contexto de escassez dos recursos públicos, tal qual o cenário observado no Brasil, em que a falta de ativos decorrente da efetiva carência ou da não priorização pelos agentes políticos, afeta em grande medida os atos processuais penais.

Para ilustrar o referido quadro tem-se como exemplo o fato de não serem raras as ocasiões em que um ato processual deixa de ser realizada pelo fato de o custodiado não ter sido

encaminhado até o local, o que é incumbência do estabelecimento prisional que não o faz por alegar impossibilidade decorrente de razões diversas relacionadas à carência de recursos. Assim, pode-se dizer que nesse panorama específico, a vantagem trazida pela economia de recursos ocupa grande relevo.

Por derradeiro, importante observar que essa tendência existe inclusive internacionalmente, não sendo exclusiva do contexto brasileiro, como constado no ensaio⁶⁴ acerca do uso da videoconferência, que atesta:

"Another significant benefit gained by the government by the adoption of video technology is monetary savings. Transporting defendants to the courthouse requires time and money. Often times the courthouse and the jail are a significant distance apart. When the defendant is processed by video teleconference, travel expenses are relieved (...)."

3.2.3. Segurança dos agentes envolvidos na realização de atos processuais:

Por fim, é também importante apontar que a utilização da tecnologia, mais especificamente dos instrumentos de videoconferência quando da realização de alguns atos processuais podem representar uma melhora no que tange a segurança dos agentes envolvidos na sua efetivação. Isso porque, para tornar possível o deslocamento da pessoa presa para quaisquer atos inseridos na marcha processual, há a mobilização de um aparato que garanta a segurança das demais pessoas presentes, com a necessidade da presença de agentes que atuem na vigia da pessoa presa.

De outro lado, quando esse deslocamento é eliminado da equação por meio da possibilidade de efetivação do ato no próprio estabelecimento prisional, em que o indivíduo já se encontra, pode-se dizer que essa dificuldade e montagem de aparato é excluída, diminuindo

⁶⁴ 7 J. HIGH TECH, L. 41. Hillman, Zachary M, Pleading guilty and video teleconference: Is a Defendant Constitutionally "Present" when pleading guilty by video teleconference? 2007, p.47.

os riscos, por exemplo, da implementação de uma fuga ou até mesmo de uma imposição de risco aos próprios policiais, testemunhas ou agentes judiciais envolvidos no ato.

Assim, demonstradas as três principais vantagens consideradas de maior vulto quando abre-se a discussão acerca da utilização da tecnologia, com destaque para as videoconferências, na marcha processual penal. Em conclusão, nada obstante esses benefícios existam, deve-se sempre ter cautela, buscando-se não cair na dicotomia brilhantemente apontada por Justice Brennan “nós promovemos uma maior velocidade, economia e conveniência na administração da justiça pelo preço de princípios fundamentais da liberdade constitucional. Esse preço é alto demais para se pagar”⁶⁵

3.3. Óbices opostos à virtualização das audiências no âmbito do Processo Penal:

A conquista de direitos e garantias ultrapassa a pontualidade do seu reconhecimento. Isso se traduz no fato de que a conquista, em toda a sua importância, ainda não é suficiente para garantir que o direito continue sendo aplicado na prática, sendo necessária a vigia constante e incansável sobre a manutenção das prerrogativas auferidas.

Ao observarmos a cronologia do Direito Processual Penal, irrefutável a evolução das garantias logradas, especialmente àquele que ocupa a posição de réu, porém, sempre necessária a fiscalização diligente para evitar quaisquer retrocessos que não raro são tentados por diversos ramos da sociedade e dos próprios poderes da Federação. Nessa esteira, direitos conquistados e positivados, inclusive no diploma Constitucional como o contraditório ampla

⁶⁵ BRENNAN, Justice APUD Hillman, Zachary M. 7 J. HIGH TECH, L. 41. Hillman, Zachary M, Pleading guilty and video teleconference: Is a Defendant Constitutionally “Present” when pleading guilty bu vedeoteleconference? 2007, p.69. (tradução livre)

defesa⁶⁶, devido processo legal⁶⁷ e juiz natural⁶⁸ devem ser constantemente vigiados e reafirmados no campo da aplicação, a fim de que não se tornem meras abstrações textuais.

Diante dessa certeza, o surgimento de um novo contexto, com aplicação de instrumentos e meios diversos para a realização de atos processuais e pré processuais, ainda que alegadamente benéficos para o exercício da jurisdição de forma mais célere e eficaz, deve atrair um olhar ainda mais atento, no sentido de verificar se essas novas circunstâncias também atendem aos ditames já consolidadas antes do seu surgimento. Assim, com a insurgência e ampliação do uso de meios eletrônicos e tecnológicos na procedimentalização do direito, faz-se mister a adequação destes no rol de garantias já existentes, sem a colocação destas em posição de temeridade.

Buscando cobrir essa vigilância necessária dos direitos duramente conquistados, o presente ensaio presta-se a analisar o delicado equilíbrio existente entre a virtualização de atos processuais e as vantagens dela decorrentes com a ameaça que este movimento pode vir a representar para as garantias há muito consolidadas no Direito Processual Penal.

Nessa esteira, visa o presente subcapítulo abordar essas dúvidas, analisando se estas representam verdadeiros óbices à aderência da tecnologia nas audiências, ou apenas obstáculos que podem ser transpostos sem que haja um perigo à segurança jurídica e direito consolidado daqueles que são submetidos a um processo penal, em todas as suas misérias.

3.3.1. Processo de afastamento inerentemente presente nas audiências remotas:

⁶⁶ CF, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes
(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁶⁷ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁶⁸ LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

A realização de audiências judiciais de forma remota vem encontrando um vasto terreno, especialmente no momento durante e pós-pandêmico, em que o real e virtual em muito se confundiram. Ocorre que, diante das consequências drásticas que o processo penal que, em sua essência, pode vir a causar na vida de um jurisdicionado, há que se preservar, na maior medida possível, a sensibilidade e humanidade nessa esfera, dado que qualquer negligência por parte dos atores judiciais, em especial do magistrado, pode ter implicações irreversíveis por quem está do lado contrário ao Estado quando do exercício do seu *jus puniendi*.

Nesse sentido, tem essencial importância a análise dos efeitos da virtualização, com a imposição de mais um distanciamento (agora físico) que se soma aos distanciamentos decorrentes dos abismos social e ideológico que já se percebia no contato entre um magistrado e a esmagadora maioria daqueles colocados no banco de réus. Tal discrepância, presente entre esses dois agentes que, em um contexto processual, ocupam posições tão antagônicas, é brilhantemente demonstrada no documentário “Justiça”⁶⁹, que demonstra a realidade observada em audiências criminais, tanto do ponto de vista dos agentes estatais quanto das pessoas encarceradas, explicitando de forma cristalina esse distanciamento entre o acusado, em sua posição de sofrer na pele o peso do Poder Punitivo Estatal e o magistrado, intermediador desse Estado que, como descrito por Raul Zaffaroni⁷⁰, determina a quem punir para que mantenha a alta cúpula ao seu lado e, assim, punir os vistos como inferiores.

Assim, a redução dos agentes envolvidos no processo penal a meros *users*, personificados por um avatar virtual, põe em graves riscos a própria atribuição do caráter humano de quem se encontra do outro lado da tela, recrudescendo uma desumanização que já podia ser testemunhada no processo penal por outros fatores sociais, econômicos e factuais.

Insta salientar, ainda, que essa preocupação com a “desumanização” do acusado é legítima não só no momento da realização de atos processuais prévias à prolação de uma

⁶⁹ JUSTIÇA. Direção e produção de Maria Augusta Ramos. Documentário. Brasil: produção independente, 2004. 1 DVD (100 min). Ntsc, son., color. Port.

⁷⁰ Zaffaroni e Pierangeli 2001, p. 62.

decisão judicial terminativa, mas alcança também o momento da aplicação da pena. Não raro é possível testemunhar declarações que expõem a verdadeira animalização daqueles que cumprem uma pena, especialmente privativa de liberdade, sendo tal discurso comum na deslegitimação de direitos humanos básicos e hipertrofia do Direito de Punir do Estado a partir de um direito penal que se perde das noções de garantias fundamentais mínimas. Também por essa tendência já presente em muitos setores sociais e políticos, mais que fundamental a preocupação com o verdadeiro apego à humanização daquele que se submete ao jugo de um processo penal.

Nesse ínterim, de fundamental importância de análise acerca dos efeitos do afastamento inevitavelmente trazido pela realização de audiências processuais penais sem a presença física do réu, que podem, em última instância, gerar um desapego emocional por parte daqueles que juraram assegurar os seus direitos⁷¹, vez que em situações que implicam tamanhas perniciosidades, nunca é demais guardar a sensibilidade e zelo que o contato só olho no olho torna real.

3.3.2. Restrição da comunicação entre réu e advogado:

A garantia da defesa por um advogado ou defensor público não se realiza com a mera presença do profissional, mas sim com a sua efetiva participação e comunicação com o réu ou acusado. Essa efetividade de comunicação passa por alguns quesitos, por exemplo, a sua imediatividade, ou seja, a possibilidade de instantaneamente ocorrer algum tipo de diálogo ou pontuação que possa vir a afetar o ato praticado, o que fica muito mais dificultado em um contexto virtual. Ocorre que, na linha do supra mencionado, a virtualização desse contato pode acabar por trazer certos óbices, restringindo a efetividade desse direito, o que não pode, de maneira alguma, ser acolhido de bom grado, vez que implica na violação de direitos fundamentais do acusado.

⁷¹ STETSON LAW REVIEW, Vol XXIII. REMFRY, Patricia Raburn. Due Process concerns in video production of defendants, p. 836.

Sobre este tema manifestou-se o Ensaio “Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral”⁷², publicado na Revista Acadêmica CEJA-JSCA, que ao abordar essa necessidade da preservação do advogado com a pessoa que é submetida a força coercitiva do Estado em sua forma mais veemente afirma o seguinte:

“Al revisar el funcionamiento del sistema de audiencias preminimares (fase de investigación y fase intermedia) y de la etapa de ejecución, em función de lo señalado precedentemente, puede observar que los aspectos **que merecen especial atención al momento de aplicar sistemas de interacción remotos y que deben mantenerse a to-do evento son los siguientes:**

a. **Posibilidad de preservar la interacción fluida y, especialmente, reservada en-tre el abogad defensor y el imptado o acusado** para permitir **una adecuada entrega de información, evaluar opciones processales, discutir necesidades de intervención derante la audiencia, conferenciar en cualquier momento que sea necesario entre otros aspectos.**” (grifo meu)

Já analisando o contexto brasileiro, e de maneira mais empírica, o Instituto Defesa ao Direito de Defesa (IDDD) no Relatório⁷³ “Justiça Virtual e Direito de Defesa: Parâmetros mínimos para a efetivação do acesso à justiça criminal no Brasil”, no qual, ao abordar a atuação dos defensores públicos em audiências realizadas virtualmente revelou o seguinte:

“A virtualização dos atos processuais e da Justiça, intensificada pela pandemia, impossibilita a realização de encontros reservados entre o/a defensor/a público/a e a pessoa assistida (em especial, a pessoa custodiada), seja porque o tribunal não autoriza ou porque a plataforma utilizada dificulta a exclusividade do uso da sala virtual, seja porque a defesa não se desloca até o local em que a pessoa está custo-diada”

Sobre este tema, também questionando a equiparação dos meios virtuais ao contato face a face quando do desenvolvimento do processo penal e já dentro do contexto pandêmico que

⁷² CEJA-JSCA® Documento de Trabajo. Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral. CEJA. Fecha de publicación: 2020-06. P. 9

⁷³ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Justiça virtual e Direito de Defesa: Parâmetros mínimos para efetivação do acesso à justiça criminal no Brasil. p. 22 . Disponível em: < https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf> Acesso em: 18 de ago de 2022.

almejou essa equidade em diversos âmbitos, escreve Diego García-Sayán⁷⁴, Relator Especial sobre a independência de juízes e advogados na Organização das Nações Unidas, pontuando:

“50. Due process is a fundamental right, irrespective of the degree of emergency in a particular country. **Although experience in recent months has shown that digital communication tools are very useful when dealing with quarantine and social distancing rules, some can be imprecise or even counterproductive in terms of access to justice, due process and judicial guarantees.** The right to a defence has

also been affected.

51. The technical limitations of certain digital tools used for online meetings in the context of judicial proceedings or tax investigations can sometimes make it difficult to maintain confidentiality during consultations between legal representatives and their clients.

(...).

Privacy for meetings between clients and their lawyers must be strictly guaranteed, which is not the case with the digital tools currently in widespread use.”

Nesse sentido, a análise empírica da experiência virtual das audiências demonstra que essa preocupação com a efetividade do direito à defesa por um advogado ou defensor público de maneira qualificada é inteiramente legítima diante de um quadro que não garante a existência de condições mínimas para um contato efetivo e fundamental para a proteção de direitos daquele que está sendo submetido ao processo penal. Assim, busca-se evitar, com essas cautelas, a criação de um cenário kafkiano⁷⁵ e, para dizer o mínimo esquizofrênico de réus que, tendo em seus advogados ou defensores o principal, e por vezes única esperança de tutela dos seus direitos, nunca se quer os olharam nos olhos.

4. CONTROVÉRSIAS CONCERNENTES A VIRTUALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

⁷⁴ SAYÁN, Diego García Apud. LEWANSADOWISKI, Enrique Ricardo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.841. Ministro Ricardo Lewandowski. 2021. P. 9. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ricardo-lewandowski.pdf>>

⁷⁵ A obra literária, O Processo, escrita por Franz Kafka e publicado no ano de 1925 narra a agonizante história de Josef K, que é submetido a um processo judicial sem que tenha nenhum entendimento quando ao objeto à ele imputado. A obra é a ilustração hiperbólica da inobservância a direitos processuais, demonstrando o que muitas vezes ocorre na prática, a imposição de um sistema que o réu no processo judicial não compreende e nem sente-se integrante, de forma que ao mesmo tempo que é colocado como mero coadjuvante, é obrigado a suportar todas as potenciais consequências decorrentes do processo durante o seu trâmite e após a decisão terminativa.

Como amplamente demonstrado no presente ensaio, a Audiência de Custódia ocupa um papel fundamental na preservação dos direitos da pessoa que teve sua liberdade restringida, vez que abre espaço para a análise da prisão quando a sua legalidade, necessidade e adequação⁷⁶. Diante de tamanha relevância do instituto no aferimento dos três quesitos citados, não há que se olvidar que o ato pré processual em questão deve ser cercado de todas as cautelas merecidas, aspirando a preservação da sua própria essência.

Diante deste quadro, torna-se compreensível o porquê de o surgimento de um novo *modus operandi* na realização das audiências em apreço traz consigo um justo receio, qual seja, de que o instituto acabe por tornar-se banalizado, convertendo-se em mais um dos atos que, apesar de dispostos em lei, não alcançam os fins a que se pretende. A preocupação em questão mostra-se também no âmbito internacional, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos que demonstrou explicitamente o seu receio quanto a realização de Audiências de Custódia utilizando-se a videoconferência no Brasil⁷⁷, recomendando a parada das audiências virtuais e retomada das presenciais.

É justamente essas preocupações, levantadas internacional e internamente, que o presente trabalho monográfico visa equacionar, avaliando, em suma, a que ponto a realização da Audiência de Custódia na modalidade virtual, com uso de aparatos tecnológicos como câmeras, microfones e com a inexorável distância entre seus atores tem como consequência a diminuição da eficácia do ato e a colocação em risco das suas finalidades precípuas, abrindo

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo, Op. Cit. p. 14.

⁷⁷ “#La @CIDH fue informada sobre discusión em el Consejo Nacional de #Justicia @CNJ_Oficial em llos próximos días, respecto de la posibilidad de realización de Audiencias de Custodia por videoconferencia. Ello, como medida para responder a la pandemia del #COVID-19. 1
Mediante vários mecanismos, la @CIDH celebró el uso de Audiencias de Custodia em #Brasil por permitir identificación de hechos de #tortura y malos tratos. Sin embargo, la realización de Audiencias de Custodia por videoconferencia podría afectar la función de documentación de dichos actos. 2
Ello, debido a que se dificultaría a las Autoridades Judiciales la identificación de indicios de #tortura o malos tratos. Además, el ambiente virtual podría generar que #PersonasPrivadasLiberdad se sientan intimidadas o coaccionadas para realizar las respectivas denuncias. 3
Por ello, la #CIDH llama a #Brasil a garantizar presencia física de #PersonasPrivadasLiberdad em Audiencias de Custodia, que permita identificación adecuada de indicios de #tortura y atendiendo en todo momento a protocolos respectivos para evitar contagio de #COVID-19. 4” Disponível em: <twitter.com /CIDH /status /1275524680506576898>

ainda mais espaço para a negligências e banalizações de direitos e garantias fundamentais de pessoas em situação de restrição de liberdade.

Perante o exposto, passa-se ao exame das diferentes perspectivas que envolvem a realização da Audiência de Custódia sem a presença física do custodiado e das autoridades cuja participação e escuta ativa são elementos essenciais na aferição da legalidade da prisão e da necessidade e adequação da manutenção desta.

4.1. Modificação do contexto fático e a evolução da jurisprudência quanto à possibilidade de realização remota Audiência de Custódia:

Como é cediço, o direito, para que alcance sua real eficácia, não pode nunca tornar-se inerte ou alheio à sociedade que regula. Disso fala Sérgio Cavalieri Filho⁷⁸, que descreve as normas jurídicas não como regras imutáveis, mas sim variáveis e em constante mudança. Nessa esteira, não se pode olvidar que esse acompanhamento tanto da lei quanto da sua interpretação promovida pelo aparato judiciário deve buscar ao máximo escutar as evoluções do corpo social que o circunda, sem deixar-se tornar obsoleto.

Diante disso, deve-se traçar uma linha histórica que inicia-se com a positivação do direito da pessoa presa a condução, sem demora, a um juiz competente e os entendimentos que foram se firmando a partir dessa confirmação legal, até os tempos hodiernos, com novos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários afetados por diversos fatores sociais e econômicos, especialmente aqueles que dizem respeito ao momento pós pandêmico do vírus da Covid-19, que, em toda sua potência, provocou verdadeiras metamorfoses interpretativas acerca de diversos institutos, alcançando também o ora estudado.

⁷⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2006.

Em um primeiro momento, as audiências de âmbito processual penal – incluindo as Audiências de Custódia - eram realizadas, quase na integralidade dos casos, de maneira presencial. A flexibilização para tal condição poderia ocorrer, portanto, em situações extremamente específicas, tal qual a preservação da vítima quando da apresentação do seu testemunho (especialmente no caso de infrações praticadas contra crianças ou adolescentes) ou índice de periculosidade do agente que colocasse em risco gravíssimo a sua colocação em um contexto de coletividade.

Nesse contexto em que as tecnologias ainda encontravam um âmbito de relativamente restrita aplicação no processo penal, o artigo 3-B do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 13.964 do ano de 2019, determinou:

“Art. 3-B:

(...)

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) ho-ras, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, **vedado o emprego de videoconferência.**”(grifo meu)

Em perfeita consonância com o citado, o Superior Tribunal de Justiça, pela voz da Ministra Relatora Laurita Vaz, proferiu a seguinte decisão⁷⁹ em sede da resolução de Conflito de Competência:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. CUMPRIMENTO EM UNIDADE JURISDICIONAL DIVERSA. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.** REALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA LOCALIDADE EM QUE EFETIVADA A PRISÃO. **REALIZAÇÃO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA PELO JUÍZO ORDENADOR DA PRISÃO. DESCABIMENTO.** PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

1. A audiência de custódia, no caso de mandado de prisão preventiva cumprido fora do âmbito territorial da jurisdição do Juízo que a determinou, deve ser efetivada por meio da condução do preso à autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão. **Não se admite, por ausência de previsão legal, a sua realização por meio de videoconferência.** ainda que pelo Juízo que decretou a custódia cautelar.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Conflito de Competência 168.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 11/12/2019, DJe: 17/12/2019

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara da Seção Judiciária do Paraná, o Suscitante.” (grifo meu)

Ocorre que, com a evolução dos anos e dos próprios instrumentos tecnológicos, o debate para a inserção dessas ferramentas no âmbito processual civil e penal foi ganhando terreno, o que se fortaleceu de maneira natural, a partir da imposição das circunstâncias derivadas da pandemia do vírus Covid-19. O contexto de contágio extremo da doença colocou o mundo inteiro em estado de alerta, estatuidando a necessidade do distanciamento social e diversas medidas que afastavam o contato humano, especialmente em locais de aglomerações em que o vírus poderia encontrar maior potencial de expressão, tais como os Tribunais.

Diante desse novo estado de coisas, as próprias instituições foram colocadas a prova, vez que a realização de atos de suma importância para a efetivação da atividade jurisdicional, bem como para a viabilização dos direitos processuais e constitucionais tiveram de encontrar novas formas de materialização, ou, nos casos extremos, foram suspensas, como é o caso da Audiência de Custódia, ao menos no momento inicial do vírus Covid-19.

Nesse sentido, necessário analisar a evolução cronológica do entendimento legal e jurisprudencial quanto às formas de realização da Audiência de Apresentação ora explorada, seguindo as imposições do contexto totalmente novo imposto pela condição enfrentada mundialmente.

4.1.1 Papel do Conselho Nacional de Justiça na permissão da virtualização da Audiência de Custódia:

O primeiro diploma a estatuir a obrigatoriedade da Audiência de Custódia em âmbito interno e com abrangência nacional foi a Resolução 213, editada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015.

Tal papel de protagonismo do CNJ seguiu e se fez ainda mais latente no contexto pandêmico, em que, como já explorado no presente ensaio, a instituição exerceu função de inegável importância na regulação do funcionamento do Poder Judiciário durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020⁸⁰.

Nessa linha de destaque, o Conselho Nacional de Justiça editou, já no caótico cenário imposto pela pandemia do vírus Covid-19, a Recomendação 62⁸¹ de março de 2020 Sua importância decorre do fato de que tal diploma, em determinação catastrófica do órgão, foi o primeiro a estabelecer o marco inexorável e diga-se, perigoso, que, após a criação da Audiência de Apresentação e assecuração deste direito para o custodiado na ordem pátria, veio a permitir a sua não realização. Assim, ainda que motivada pelo contexto de exceção no que tange a saúde pública, inegável o retrocesso que tal disposição representou no que concerne à defesa dos direitos humanos da pessoa presa.

Sobreveio que, a partir dessa mudança de direção, a legalidade, necessidade e adequação da prisão efetuada passariam a ser feitas tão somente pela análise documental, com destaque para o Auto de Prisão em Flagrante (APF) lavrado logo após a restrição da liberdade, bem como por fotografias e exames de corpo de delito que, conforme já explorado no presente trabalho⁸², não raro tem sua realização negligenciada.

Diante desse quadro, e após a reação de diversas instituições de defesa aos direitos humanos da pessoa presa, foi necessário pensar nas possíveis formas de realização da Audiência de Apresentação de forma que fosse tutelada a questão sanitária grave e inegável que os

⁸⁰ BRASIL. Senado Federal. Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020. Brasília. Diário Oficial de 20.03.2020.

⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. “Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.”

⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Dados gerais sobre a prisão em flagrante durante a pandemia de Covid-19, Op. Cit., p. 37

brasileiros enfrentavam, mas sem que esse cuidado implicasse da total desconsideração de direitos basilares e fundamentais da pessoa custodiada.

Buscando achar esse equilíbrio, o assunto foi novamente debatido em votação também promovida no âmbito do CNJ. Nesta ocasião, o objeto da celeuma era o Ato Normativo 0004117-63.2020.2.00.0000 concernente à proposta de resolução que disciplina a realização de audiências em processos criminais por videoconferência, encarada como uma das alternativas dentre as formas de garantir a aplicação do art. 310 do Código de Processo Penal.

Em votação, a posição do Conselho, salvo algumas divergências, ainda foi muito clara, consubstanciando-se no Relatório elaborado pelo Ministro Dias Toffoli, que aduz de maneira veemente:

“No que diz respeito, em particular, às audiências de custódia, e tal como já assinalado pelo STF na apreciação da ADPF 347, a denominada audiência de custódia é decorrência do disposto no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e no artigo 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sendo que ambas as normas - que são dotadas de status supralegal - ressaltam de forma expressa o direito de presença.

Conclui-se, com efeito, que 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.

(...)

Em outras palavras, audiência de custódia por videoconferência não é audiência de custódia e não se equipará 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”

Diante disso, inicialmente mantida, mediante o art. 19, a disposição que, na Resolução 329/2020, mantinha categoricamente a vedação da realização da audiência de custódia por videoconferência, pautando-se a proibição, dentre outros, no argumento de que esse meio simplesmente não seria capaz de efetivamente cumprir com os fins do instituto, especialmente com o ligado às denúncias e tratamento de maus tratos e torturas quando da realização da prisão.

Ocorre que, na continuidade dessa evolução cronológica, e já no contexto de maior utilização dos meios tecnológicos disponíveis, o Poder Judiciário foi gradativamente modificando sua posição, fazendo com que a realização da Audiência de Custódia por meio virtual passasse a ser acolhida de forma bem mais ampla.

Nesse quadro, decisiva a Resolução 357/2020, editada justamente para, substituindo sua predecessora no assunto (Resolução 329/2020), dar conteúdo diametralmente oposto ao citado artigo 19. Aqui, finalmente, demonstrada a virada final da autorização legal sobre a realização da Audiência de Custódia por videoconferência, passando, a partir da edição desse diploma legal na data de 26/11/2020 e ao arripio de muitos defensores de direitos humanos da pessoa presa, bem como de órgãos internacionais, a autorizá-la expressamente nos seguintes termos:

“Art. 1º O art. 19 da Resolução CNJ n o 329/2020 passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ no 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.”.

A referida autorização, por óbvio, gerou as mais diferentes posições. Nada obstante, em respeito ao debate, passa-se aqui a opinião favorável da jurisprudência, por exemplo, a exarada no *decisium* em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.841, de caráter iminentemente polêmico, que entendeu pela suspensão liminar do dispositivo constante do parágrafo 1 do artigo 3-B do Código de Processo Penal, que em seu bojo vedava de maneira expressa a realização da Audiência de Custódia por videoconferência. Neste, o voto⁸³ do Relator Nunes Marques pautou-se na seguinte linha:

“É exato que a Convenção Americana sobre Direitos do Homem, em seu artigo 7º, item 5, assegura que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”. Mas é preciso que se compreenda que a cláusula “à presença de um juiz” não pode ser literalmente interpretada, como

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6841 DF 0053263-23.2021.1.00.0000, Relator: Nunes Marques, Data de Julgamento: 28/06/2021, Data de Publicação: 29/06/2021 p. 9. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1238986759>>

uma presença física (offline) — sobretudo durante a pandemia de Covid-19. A “presença” aqui quer dizer contato dialógico simultâneo e com baixa latência (“em tempo real”), de tal maneira que o preso possa expressar diretamente para o juiz as suas razões, fazer os seus requerimentos, tirar as suas dúvidas; enquanto o juiz, por seu turno, deve poder ouvir e deliberar sobre o que foi apresentado pelo preso, sem que entre as emissões e as recepções comunicativas medeie um intervalo de tempo relevante. E isso, no atual estágio da técnica, é assegurado pelas audiências por teleconferência.” (grifo meu)

Já no que tange ao discernimento doutrinário, parte dos expoentes jurídicos brasileiros também se posicionaram de maneira favorável a essa aderência da videoconferência no momento da audiência de apresentação, a exemplo Renato Brasileiro Lima, conceituado processualista penal, que em sua obra assentiu:

“A nosso juízo, se presente uma das hipóteses listadas nos diversos incisos do § 2º do art. 185 do CPP, é perfeitamente possível que esta apresentação ocorra por meio de sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que seja possível constatar a plena observância dos direitos fundamentais do preso. Nesse caso, o preso e a autoridade judiciária deverão estar, preferencial e simultaneamente, em estabelecimentos sob administração do Poder Judiciário, assegurando-se a presença, na localidade onde se encontrar o preso, de defensor constituído, público ou dativo, à semelhança do que ocorre no interrogatório judicial por videoconferência (CPP, art. 185, § 5º)” (grifo meu)

Em posição diametralmente oposta a decisão supratranscrita e a postura do autor referido acima, tem-se o racional de que o experimentalismo no Processo Penal, quando tem como consequência qualquer nível de perigo a direitos fundamentais, simplesmente não deve ter lugar. Isso porque, conforme já brevemente explorado, o processo penal, por si só, já representa um mal inexorável a quem nele ocupa a posição de réu, não sendo razoável, muito menos legítimo exigir que este suporte os riscos decorrentes de projetos pilotos que tem como consequência a diminuição de garantias constitucionalmente asseguradas.

É nesta linha que se posicionou o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, que ao elaborar seu voto na mesma ADI 6.841⁸⁴ manifestou-se de maneira divergente ao Relator, pontuando o seguinte:

“Assim, no plano do mundo fenomênico, a realização da audiência de custódia por videoconferência, para além de negar a natureza do próprio instituto consolidado pelo Parlamento - cujo propósito é a condução da pessoa privada de liberdade à presença do juiz, a fim de que este possa verificar, com seus próprios olhos, a partir de uma escuta qualificada, quanto à legalidade e a necessidade da prisão - não encontra mais justificativa na crise decorrente da pandemia da Covid-19.” (grifo meu)

Resolvendo a celeuma apresentada, e finalmente pondo fim a situação de insegurança jurídica e periclitção dos direitos da pessoa presa vem a recentíssima Resolução 481⁸⁵ de 22 de novembro de 2022 que, em seu artigo 6º, revoga expressamente o conteúdo da Resolução 357 de 2020, permissivo da Audiência em apreço por meio de videoconferência.

Nesse contexto, após as longas discussões e enfrentamentos acerca das consequências deletérias da permissividade, vêm o próprio Conselho, reconhecer a necessidade, já passado o contexto que a justificava, da revogação da autorização em questão, fazendo surgir certo alívio àqueles que tanto lutaram pela preservação da eficácia do ato pré-processual em estudo.

Nesse interim, já passada a demonstração de ambas as posições, tanto favoráveis quanto contrárias à virtualização da Audiência de Apresentação bem como algumas das justificações que pautam cada uma delas, deve-se agora dedicar-se aos entraves específicos quanto ao uso da videoconferência como meio de realização da Audiência de Custódia.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6841 DF 0053263-23.2021.1.00.0000, Relator: Nunes Marques, Voto: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 28/06/2021, Data de Publicação: 29/06/2021. P. 8.

⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 481 de 22 de novembro de 2022. Revoga as Resoluções vigentes à época da pandemia do Coronavírus e altera as Resoluções CNJ n. 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022.

4.2. Relação entre a virtualização e a subnotificação dos casos de torturas e maus tratos:

De início, a Audiência de Apresentação, como também pode ser chamada, visa justamente esse primeiro contato do custodiado com uma autoridade judiciária competente, objetivando o exame de todas as circunstâncias da prisão realizada.

Nessa esteira, o Procurador de Justiça e professor Norberto Avena traz a seguinte cognição:

“De acordo com essa normatização, na audiência de custódia o juiz, entre outras providências expressamente previstas, entrevistará a pessoa presa, dando-lhe ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; questionará se foram assegurados seus direitos constitucionais; indagará sobre as circunstâncias da prisão; verificará se foi realizado exame de corpo de delito; perguntará sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência e adotará medidas para sanar eventuais irregularidades. Após essa oitiva pelo juiz, deferirá ele ao Ministério Público e à defesa técnica a realização de perguntas compatíveis com a natureza da audiência, não podendo estas – e a isto é importante atentar – versar sobre o mérito do fato sob apuração.”

Isto posto, fundamental que o juiz presidente da Audiência em questão, e subsidiariamente o Promotor de Justiça, tenham a seu alcance todos os elementos importantes para detectar quaisquer indícios de ilegitimidade ou ocorrências que violem os direitos da pessoa encarcerada, o que, na prática, só pode ser alcançado com a presença física do custodiado.

É justamente nesse liame que se posicionaram as mais de 150 entidades, dentre as quais enquadram-se o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, as Defensorias Públicas e Comitês Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura dos mais diversos Estados em ofício⁸⁶ enviado ao CNJ. No documento, enviado à época em que ainda era vigente a discussão sobre a

⁸⁶ Ofício nº 01/2020. Referência: Ato Normativo nº 0004117-63.2020.2.00.0000, 19 de junho de 2020. Disponível em: < <https://www.ibccrim.org.br/media/documentos/doc-22-06-2020-15-12-49-265852.pdf>>

possibilidade ou não da realização da Audiência de Apresentação pelo meio virtual, deixou-se claro, de maneira conjunta, o seguinte entendimento:

“Não é demais lembrar que, de acordo com a própria Resolução nº 213/2015 deste Conselho Nacional de Justiça, “a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão”.

Assim, audiência de custódia não cumpre sua função precípua quando realizada por meio virtual, tanto por não ser possível ao magistrado identificar adequadamente indícios da prática de tortura, como por não garantir que o ambiente em que a pessoa presa estará quando ouvida seja livre de interferências externas, garantindo-se um mínimo de segurança para um relato desembaraçado e verdadeiro.”

Importante frisar, ainda, que a presença física do custodiado, apesar de fundamental para concretizar os fins almejados na audiência de custódia não é seu único elemento fundamental. Nesse sentido, necessário também que o ambiente estabelecido viabilize a denúncia, de cunho tão delicado, pela pessoa que foi vítima de quaisquer violações de direitos. Assim, pontos já comentados no presente ensaio, tais quais a realização do questionamento direto do juiz presidente acerca das circunstâncias da realização da prisão, a vedação da presença das autoridades que realizaram a prisão para impedir qualquer coação e a promoção de eventuais assistências que o custodiado necessite são de extrema importância para o próprio tratamento do custodiado dentro de sua condição de pessoa humana, detentora de dignidade e merecedora de um tratamento concernente com este contexto.

Não por outra razão houve uma clara preocupação do Conselho Nacional de Justiça, ao editar o Manual de Prevenção e Combate a Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia⁸⁷ e o Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia⁸⁸ em prover instruções minuciosas acerca das formas com que as indagações sobre este tema devem ser feitas. Privilegiando-se o acolhimento, a criação de um ambiente livre de intimidações e com a

⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia, Op. Cit.

⁸⁸Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia : Parâmetros gerais / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime ; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em:< https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_juridico_1-web.pdf>

prioridade em registrar e encaminhar as eventuais denúncias para a devida apuração, sem que haja a preocupação de uma culpabilização imediata dos agentes responsáveis, mas sim uma tutela do direito da vítima, promovendo-lhe, primeiramente os cuidados físicos e psicológicos cabíveis, para em um momento seguinte, já com todos os elementos reunidos, perseguir a punição dos responsáveis.

Sobre a importância da criação de um ambiente viabilizador desse procedimento, iniciado com o próprio relato prestado pela vítima, tem-se, ainda:

“Determinadas variáveis específicas da situação, como a dinâmica da entrevista, a sensação de impotência face à devassa da sua intimidade, o medo de represálias e de novas perseguições, a vergonha pelo sucedido e o sentimento de culpa po-dem, em qualquer momento da entrevista, simular as circunstâncias da experi-ência de tortura. Este fenômeno pode aumentar a ansiedade da pessoa custodiada e sua resistência em expor informações pertinentes na audiência de custódia.”

Partindo-se do pressuposto já consolidado acerca dos impactos diretos da forma de realização da Audiência de Apresentação e suas nuances sobre o potencial de alcançar suas finalidades, torna-se compreensível o resultado extraído dos dados⁸⁹ recolhidos pelo CNJ, em 2020, sobre as denúncias de maus tratos quando da realização de prisões. Tal pesquisa mostrou um resultado no mínimo incomum, ao relatar que de todas as prisões efetuadas, em apenas 1,5% dos casos foram levadas a cabo violência policiais, maus-tratos ou tortura, o que, frente ao número coletado em pesquisas anteriores, que levavam a um percentual consideravelmente maior, de 5,65% dos casos tendo relatos dessa espécie, mostra uma preocupação.

Por óbvio, analisando o contexto brasileiro e o histórico de violência policial e violação sistêmica de direitos humanos de pessoas no momento da prisão, bem como observando os números de anos anteriores (coletados de 2015 – primeiro ano de realização das audiências de custódia - até 2020), não se deve cair na ingenuidade da diminuição real e tão brusca dos relatos.

⁸⁹ Covid-19 [recurso eletrônico] : análise do auto de prisão em flagrante e ações institucionais preventivas / Conselho Nacional de Justiça ... [et al.] ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2021. P. 15.

Diante disso, o que se percebe e que, na verdade, o que ocorreu não foi um decréscimo nas ocorrências das violações, mas sim uma diminuição das denúncias destas⁹⁰, dada a situação que tomou lugar no ano de 2020 com a suspensão da audiência de apresentação, e posteriormente a sua realização pela via remota.

Pautando essa conclusão, aparece o próprio CNJ que ao analisar as referidas amostras chega a mesma conclusão, atestando que do número consideravelmente baixo coletado no ano de 2020, qual seja, o percentual de 1,5%, dá "subsídios para inferir que não se trata de redução, mas de subnotificação das denúncias."⁹¹

Assim, pode-se dizer que essa virtualização, especialmente frente a subnotificação já atestada de maneira empírica, representa riscos de enorme monta para a viabilização das denúncias de torturas e maus tratos que o Brasil, mediante diversos tratados internacionais, bem como pelas legislações internas e pela própria Constituição da Republica busca erradicar. Isto posto, evidente a ameaça representada pela realização remota, impossibilitando o contato pessoal, justamente do ato constituído para servir de instrumento de luta contra essa infeliz realidade, razão pela qual se coaduna, como arremate, o ponto sustentado no Relatório⁹² produzido pela CEJA-JSCA que versou o seguinte sobre a importância da presença pessoal:

“Various bodies have emphasized that, for the judiciary to be able to effectively fulfil this role in preventing torture and other ill-treatment, it is necessary for the person deprived of liberty to be physically before the judicial authority. The judge is likely to be less able to detect any indicia of abuse if the review is based solely on documents or conducted by telephone or videoconference hearing.”
(grifo meu)

⁹⁰ Confirmando a preocupação levantada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Op. Cit. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Relatório Nacional: O fim da liberdade. 2019. p. 77. e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em declaração em rede social.

⁹¹ Covid-19 [recurso eletrônico]: Análise do auto de prisão em flagrante e ações institucionais preventivas / Conselho Nacional de Justiça, Op. Cit, p. 38.

⁹² CEJA-JSCA® Documento de Trabajo. Tecnología, Proceso Penal, Audiencias y Juicio Oral. CEJA. Fecha de publicación: 2020-06. P. 9

4.3. A virtualização da Audiência de Custódia e a inobservância ao Princípio da Vedação ao Retrocesso:

O princípio da vedação ao retrocesso foi trazido pela primeira vez no âmbito do direito constitucional, visando, em suma, a proibição de redução do rol de direitos já implementados⁹³, de forma que a intenção tanto do legislador quanto do aplicador do direito deve ser a ampliação, mas nunca a diminuição das garantias já conquistadas.

Partindo-se do pressuposto da relevância do direito a condução a um juiz, sem demora, após a realização da prisão, sendo este garantido tanto pelo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quanto pelo Pacto de São José da Costa Rica, ambos primados dos Direitos Humanos a nível mundial, não é demais inferir que esse princípio da não retroatividade ora mencionado aplica-se também a esse direito, que esbarra, conforme explorado longamente no presente trabalho monográfico, na própria proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais mais caros ao indivíduo, com destaque ao direito a liberdade.

Nesse interim, a permissão da realização da Audiência de Custódia sem a presença física do custodiado implica, necessariamente, em uma diminuição do seu direito, vez que acarreta todas os prejuízos e riscos explorados alhures. Assim, a referida permissão acabaria por prejudicar um direito já conquistado pelo custodiado desde 1992, com a internalização dos tratados internacionais citados – levando-se em conta o pleno externo e a aplicabilidade automática e imediata⁹⁴ dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – e em 2015 - no âmbito pátrio- de forma a configurar justamente o retrocesso vedado.

Tal quadro se dá porque a retirada do direito do custodiado de ser levado à presença do juiz, sem demora, após a sua prisão consubstancia uma cristalina diminuição do seu rol de garantias já consolidadas e positivadas, extirpando-lhe uma prerrogativa legal e voltando-se a

⁹³ Dutra, Luciano. Direito constitucional essencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. P. 136)

⁹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, 1999, Op. Cit. p. 46

uma lógica retrograda anteriormente aplicada em que o custodiado era mantido encarcerado, sem nunca ter estado na presença de uma autoridade judicial, até o momento da sua audiência de instrução e julgamento, o que, dentro do panorama de marcha processual penal brasileiro, não ocorria de maneira rápida.

Perante o exposto, restrição de um direito basilar e constituidor da própria noção de dignidade humana constante do direito de liberdade, sem uma fiscalização judicial eficiente e pessoal, que possibilite a escuta ativa sensível e a tomada de decisão mais clara e acertada sobre a prisão efetuada, incluindo uma consciência real da dimensão humana da pessoa custodiada faz nada menos do que retroagir nos direitos da pessoa presa, materializando, sem dúvida alguma, o retrocesso que se busca vedar.

5. CONCLUSÃO:

O presente trabalho monográfico teve como objetivo esmiuçar o instituto da Audiência de Custódia, demonstrando a sua relevância na preservação dos direitos fundamentais mais caros da pessoa encarcerada. Para tal, foram abordadas as suas origens do direito da pessoa presa a ser levada a presença de uma autoridade judicial competente, sem demora, após a efetivação da sua prisão, bem como a sua finalidade, especialmente nos âmbitos de aferição de legalidade das circunstâncias da prisão.

Almejando não prender-se ao mundo do dever ser constante dos diplomas legais nacionais e internacionais, também buscou o ensaio trazer *a lume* entendimentos jurisprudenciais e doutrinários importantes no que tange a aplicação deste direito ao custodiado, além de pontuar as peculiaridades que necessariamente devem ser respeitadas a fim de alcançar os fins últimos desejados pelo legislador quando da positivação do direito a Audiência de Custódia.

Expandindo o tema para questões levantadas na atualidade, procurou-se abordar a virtualização desse e dos demais atos do processo penal, especialmente os que classicamente envolvem a presença física da pessoa presa – as audiências -. Para tal, foram levantados os pontos positivos e negativos que o uso das tecnologias neste âmbito seriam capazes de trazer, podendo-os sempre com a observância ou não aos direitos e garantias fundamentais daquele que mais sofre com o jugo do processo penal e suas consequências.

Por fim, foram escrutinadas as controvérsias que circundam essa virtualização da própria audiência de apresentação, foco do trabalho em tela. Nesse momento, apontando para os riscos que a falta da presença física pode trazer a pessoa custodiada, sendo estes decorrentes de uma desumanização de quem já se encontra em posição extremamente vulnerável, com um de seus direitos mais caros restringidos. Ademais, como não se poderia deixar de explorar, também foram aprofundados os efeitos da realização da audiência de custódia na modalidade virtual no que tange a criação de óbices as denúncias de maus tratos e tratamentos degradantes aos custodiados quando da realização da sua prisão, realidade que, conforme demonstrado alhures, ainda se mostra presente em grande medida no contexto brasileiro.

Diante de todo o exposto, o que se pode concluir do presente ensaio é que a audiência de custódia, justamente em razão de toda a relevância que apresenta na proteção dos direitos da pessoa presa não pode (nem deve) servir como campo de experimentação, de modo que descabida a realização deste ato de formas que coloquem em perigo o elemento crucial em toda a marcha do processo penal: a atribuição da humanização de quem ocupa a cadeira do réu.

Assim, o que se extrai de toda a exposição ora colocada é que a Audiência de Custódia na modalidade virtual não se voaduna com os fins perseguidos pelo instituto, quais sejam, a atribuição de legalidade, necessidade e adequação da prisão em cada caso concreto, de modo a confirmar, ao invés de alijar a triste realidade tão brilhantemente abreviada por Francesco Carnelutti em sua magistral obra de que "considerar um homem como uma coisa: pode haver

uma fórmula mais expressiva da incivilidade? No entanto, é isso que acontece, infelizmente, de nove em cada dez vezes nos processos criminais"⁹⁵.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso. D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de Direitos Humanos. Vol 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Editora Empório do Direito, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 / Ingo Wolfgang Sarlet. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas/ Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed. Atual. E ampl. 2. Tir – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: Volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8 ed. rev. Ampl. Atual. – Salvador. Ed. JusPovidim, 2020.

WARD, Jenni. Transforming Summary Justice Through Police-led prosecution and virtual courts: Is Procedural Due Process Being Undermined? 2015. BRIT. J. CRIMINOL.

⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pílares, 2009. P. 9-10.

POULLIN, Anne Bowen. Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The remote Defendant, 2004.

RENFRY, Patricia Raburn. Due process concerns in video production of defendants. Stetson Law Review, Vol XXIII.

HILLMAN, Zachary M. Pleading guilty and video teleconference: Is a Defendant Constitutionally “Present” when pleading guilty by video teleconference? 7 J. HIGH TECH, L. 41. 2007.

KRAUS, James W. Virtual Testimony and Its Impact on the Confrontation Clause. James W. Kraus The Champion® Issue May 2010

CAIANIELLO, Michele. Criminal Process faced with the Challenges of Scientific and Technological Development. European journal of crime, criminal law and criminal justice 27 (2019)

CEJA-JSCA® Documento de Trabajo. Tecnología, Processo Penal, Audiencias y Juicio Oral. CEJA. 2020.

BANNON, Alicia. ADELSTEIN, Janna. The Impact of Video Proceedings on Fairness and Access to Justice in Court. Brennan Center for Justice at New York University School of Law. 2020.

CHANG, Angela. Zoom Trials as the New Normal: A Cautionary Tale. The University of Chicago Law Review Online. 2020.

DIAMOND, CHANG, Angela. Zoom Trials as the New Normal: A Cautionary Tale. The University of Chicago Law Review Online. Journal of Criminal Law and Criminology 2020.

DOTTI, René Ariel. O interrogatório a distância: Um novo tipo de cerimônia degradante. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 134, p. 269-274, abr./jun. 1997

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. Videoconferencing, Courts and COVID-19 Recommendations Based on International Standards.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual do Direito Penal Brasileiro. Vol. 1 – Parte Geral. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KAFKA, Franz. 1883-1924 O processo / Franz Kafka; tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia Aponta para Evolução Civilizatória do Processo Penal. 2014.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2006

Dutra, Luciano. Direito constitucional essencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pilares, 2009.