

Portela: Audiência de custódia e videoconferência

1) Introdução

Sabido que, no plano internacional, o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, e o artigo 9º, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova Iorque, objeto do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, trouxeram a previsão da chamada audiência de



Em nosso meio, passada mais de uma década da publicação

dos referidos Decretos, somente com o deferimento de medida cautelar — ADPF nº 347 do STF — passou-se a tratar do referido tema e, em seguida, sobreveio a regulamentação, via Resolução nº 213/2015, e, por fim, a Lei nº 13.964/2019.

Pautado na finalidade do ato que, entre tantos fins nobres, visa a obviar a prática de agressões/torturas em desfavor da pessoa presa, o Conselho Nacional de Justiça bloqueou a possibilidade de realizar custódia através de sistema de áudio e vídeo.

Em tal propósito, desde a análise dos Autos nº 0008866-60.2019.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça, em decisão tomada dentro de um panorama de *normalidade*, censurou a possibilidade de se utilizar a videoconferência visando, segundo alega, a obviar ofensas à integridade física e psicológica da pessoa presa.

De forma mais recente e já na perspectiva da pandemia, no julgamento do Ato Normativo nº 0004117-63.2020.2.00.0000, o qual ensejou a Resolução nº 329/2020, especificamente em seu artigo 19, cuidou-se de proibir a realização de tal ato através do sistema de videoconferência.

2) Custódia e videoconferência: modernidade a serviço do sistema de Justiça

Desde logo, cumpre registrar que não se desmerece o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário de destacada importância e idealizado através da E.C. nº 45/2004. Do mesmo modo, não se tenciona, sob qualquer perspectiva, subverter os seus atos.

Contudo, a restrição acima apontada constitui verdadeira subversão do sistema de separação de funções estatais, bem assim imiscuindo em atuação como legislador positivo em tema que é de competência da União — Congresso Nacional (CRFB/88, 22, I). Parece óbvio que restrições dessa natureza apenas se legitimam em um Estado de Direito mediante ação do Parlamento.

Aliás, nem mesmo via medida provisória é possível tratar de referido tema, como, a propósito, extrai-se do artigo 62, §1º, I, "b", da CRFB/88, cuidando-se de entender que possui precedente do STF e que decotou *poder normativo* do CNJ — Adi 4145.

De conseguinte, sem olvidar medida cautelar deferida Adi nº 6.298 MC/DF, cumpre ressaltar que, apesar da atuação legislativa ao inserir o artigo 3º-B, §1º, do CPP, através da Lei nº 13.964/2019, vedando o emprego de videoconferência na custódia, tal foi objeto de veto, de modo que, por conclusão lógica, subsiste a permissão.

Aliás, a iniciativa do CNJ frente à situação de veto apontada esbarra no artigo 67 da CRFB/88 eis que *matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional*. Ora, se o próprio Legislativo enfrenta tal restrição, quiçá órgão do Poder Judiciário cuja função típica não é legislar.

Sem embargo, mesmo que se ultrapassasse a flagrante inconstitucionalidade formal, v.g., a citada vedação merece reflexão já que se embasou na impossibilidade de controlar eventual tortura ou algo que o equivalha.

O quadro desenhado pelo CNJ remete à impossibilidade de controle pelo sistema de vídeo e, paralelamente, a realização de forma presencial resta impossibilitada frente a outra vedação constante no artigo 8º da Recomendação nº 62/2020 do mesmo conselho.

Fato é que, diante de um período de anormalidade, o que resta aos juízos é a realização das referidas audiências através do sistema de videoconferência, expediente que se revela exitoso e, também, permite chegar ao conhecimento das partes e também do Judiciário apontamentos de tratamentos inadequados recebidos por pessoas presas.

Ainda que reconhecidamente não seja a melhor via, fato é que, *data vênia*, bem pior é a não realização, eis que sequer será permitido às partes e ao juízo questionar acerca de tal ponto à pessoa presa, protegendo-a de forma insuficiente.

A proteção insuficiente de determinado direito ou princípio constitucional é apurada através da aplicação dos subprincípios da princípio da proporcionalidade, devendo-se verificar, no caso concreto, "a) se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)". (Daniel Sarmiento, 2014, p. 481).

Trata-se de um viés das chamadas escolhas trágicas porque, frisa-se, se não o fizer na videoconferência, em um estado de anormalidade, não o fará de forma alguma:

"Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas 'escolhas trágicas' (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, 'Tragic Choices', 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro". (STF – ARE 727864 A GR / PR — Min. Celso de Mello).

Em verdade, retornar-se-á a um período de análise absolutamente formal, quiçá retrograda, de definir a sorte da vida de seres humanos pela simples análise de papel que, como sabido, entre tantas limitações, não externa anseios, sentimentos, nem mesmo reclamações.

Constituiria uma verdadeira hipótese de retrocesso social, a qual, na visão do Supremo Tribunal, *"veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial"* (STF – RE 878694/MG).

Aliás, a audiência de custódia, importante instrumento de humanização do sistema de Justiça criminal, mesmo que por videoconferência, permite seja revisitado entendimento que havia formado a partir da análise fria e desumana do papel.

Definitivamente, como tal modo de entender, não se devota aplausos a posturas neoconstitucionais e nem mesmo a fórmula ditatorial do livre convencimento. Contudo, como integrante do sistema, defeso ao estado juiz não questionar a *justiça* das regras que compõem o arcabouço jurídico.

Aliás, já dizia Chaim Perelman:

"... Um ser apaixonado por justiça não se contentará em aplicar estrita e cegamente as regras que decorrem de seus sistema normativo; sempre pensará no fundamento arbitrário de seu sistema que não é, e não pode ser, um sistema perfeito. Não esquecerá que, ao lado dos valores reconhecidos por ele, existem outros valores aos quais algumas pessoas se devotam e pelos quais se sacrificam, e que é possível uma revisão de valores. Assim é que, embora pareça ser a justiça a única virtude racional, que se opõe à irregularidade dos nossos atos, à arbitrariedade das nossas regras, não se deve esquecer que sua ação mesma é fundamentada em valores arbitrários, irracionais, e que a estes se opõem outros valores aos quais um sentimento de justiça refinado não pode ser totalmente insensível".

A conclusão inexorável é que, repisa-se, ainda que a custódia via videoconferência não seja a via mais adequada, pior é não fazer tal ato em referida forma tecnológica. Aliás, seria praticamente bloquear *in genere* a possibilidade de realizar tal ato neste período de anormalidade.

A atual realidade de pandemia autoriza, *mutatis mutandis*, a aplicação da técnica *distinguishing* que consente a dinamização do precedente.

Devidamente identificado o precedente, é preciso saber quando esse é aplicável para solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente — se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes — e por isso não consideradas — no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*). O novo código alude em inúmeras oportunidades à necessidade de distinção para aplicação do direito (artigos 489, §1º, 1.037, §§9º, e 12, CPC). Para que exista fidelidade ao precedente as distinções têm de ser consistentes, isto é, têm de ser realizadas a partir de uma real diferenciação subjacente entre as questões examinadas pelo órgão jurisdicional. (MARINONI, 2018).

De mais a mais, do mesmo berço normativo de onde surgiu a custódia, o sistema de videoconferência não passa despercebido aos instrumentos internacionais, destacando-se, a guisa de exemplo, a previsão dos artigos 32, §2º, "b", e 46, §18, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, objeto do Decreto 5.687/2006, e também o artigo 18, §18, e artigo 24, item 2, alínea "b", estes da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, tratada no Decreto nº 5.015/2004.

Demais disso, na perspectiva legislativa, tem-se que, apesar de o §4º do artigo 310 do CPP estar com eficácia suspensa em medida cautelar deferida na Adi nº 6.298 MC/DF, permanece intacto o §3º do mesmo dispositivo, com redação dada pela Lei 13.964/2019, que autoriza a tríplice responsabilização da autoridade que der causa a não realização de custódia.

Exatamente nessa perspectiva que o STF, através do ministro Celso de Mello — medida cautelar no HC 186.421 —, de forma recente, entendeu por ilegal encarceramento de pessoa presa sem a realização de custódia e, também, com a decretação de prisão *ex officio*.

Outrossim, mencione-se que a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) requereu ao STF a declaração da inconstitucionalidade do artigo 19 da citada Resolução nº 329/2020 do CNJ.

Por fim, importante consignar que, recentemente, por ocasião da I Jornada de Direito e Processo Penal, realizada entre os dias 10 a 14 de agosto, editou-se o Enunciado nº 3566 que preconiza que: *"Excepcionalmente e de forma fundamentada, nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato, é possível a realização de audiência de custódia por sistema de videoconferência"*.

3) Conclusão

A audiência de custódia constitui importante instrumento de defesa de liberdade e de controle de arbítrio estatal.

Obviamente, pela análise dos atos instituidores, os quais passaram a prever referida audiência de apresentação no início da década de 90, extrai-se uma aparente inclinação para a realização de forma presencial.

Contudo, para além de os referidos tratados — o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque — serem datados de uma era em que sistemas tecnológicos ainda eram incipientes, a evolução e os percalços sociais exigem a adoção de medidas modernas.

E em tal viés que se destaca a videoconferência, que, apesar de não permitir o chamado *corpo presente*, admite às partes a realização de questionamentos, colheita de informações e, principalmente, o contato direto para a verificação de integridade física e mental do ser humano encarcerado.

Ademais, quando o Conselho Nacional de Justiça se arvora ao instituir limitação de natureza processual penal, a um só tempo incorre em inconstitucionalidade formal, eis que legisla em tema de competência exclusivo da União (CRFB/88, 22), bem assim olvida o óbice de matéria vetada pelo Chefe do Executivo (CRFB/88, 67).

Não bastasse, verifica-se também eiva de inconstitucionalidade material porque impede o acesso efetivo, tempestivo e adequado (CRFB/88, artigo 5º, XXXV e LXXVIII), bem assim tutela de forma deficiente o bem jurídico tutelado e incorre em retrocesso social, ao bloquear a realização do importantíssimo ato.

Em período de anormalidade, não podem os atores processuais se acudirem de saídas cômodas que, em verdade, acabam por solapar direitos fundamentais mínimos de seres humanos que têm a liberdade restringida.

Portanto, o sistema de videoconferência constitui importante e moderno instrumento para ser empregado de forma excepcional na realização das audiências de apresentação e autorizar ao Judiciário a continuar a cumprir missão constitucional de franquear as partes acesso efetivo, tempestivo e adequado.

Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 727864 A GR / PR – Min Celso de Mello. Disponível em: acesso em 21 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [ADI 2.010 MC](#), rel. minº Celso de Mello, j. 30-10-1999, P, DJ de 12-4-2002.]. Disponível em: acesso em 21 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4145, Relator(a): Minº EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Minº ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07-2020. Disponível em: acesso em 21 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar – ADPF nº 347 do STF. Disponível em: acesso em 21 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 186.421 SANTA CATARINA. Relator Minº Celso de Mello. Disponível em: acesso em 21 de agosto de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Código de processo civil comentado- livro eletrônico -/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero – 3ª edição – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito, Martins Fontes, 1996

SARMENTO, Daniel, Cláudio Pereira de Souza Neto, Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, 2014.

Date Created

29/08/2020